


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI
TAS



Beiträge

zur

Kunde und Fortbildung

der

Zürcherischen Rechtspflege.

Herausgegeben

unter

Mitwirkung eines Vereines praktischer Rechtsgelehrten

von

Dr. Joseph Schauberg.

Achtzehnter Band.



Zürich,

Druck und Verlag von Friedrich Schultheß.

1854.

I.

Einige rechtliche Erörterungen betreffend das Eigenthum. Von H. Escher.

Der Verfasser dieses Aufsatzes geht von der Ansicht aus, daß die Rechtswissenschaft der Zeit noch nicht genugsam zwischen Mein und Dein zu unterscheiden weiß, und daß deßwegen eine Menge Controversen entstanden, welche von selbst fallen, wenn einmal der Begriff des Eigenthums scharf und bestimmt festgestellt ist. Der Verfasser hat anderswo (Das Privatrecht. Dritte Umarbeitung, Zürich 1853) eine solche Begriffsbestimmung des Eigenthums versucht, und er beabsichtigt nun hier das Gesagte durch einige Beispiele klarer zu machen.

I. Eine der Controversen, welche sich durch diese Zeitschrift hindurch ziehen, ist diejenige über das Verhältniß der Societätsgläubiger und Privatgläubiger in dem Concurse einer Societät.

I. 122. — 325. — II. 116. — VI. 1. — 432. — VII. 24. — 177. — VIII. 229. 31. — 437. — XI. 321. — XII. 209. — XIV. 204.

Diese Controverse konnte nur dadurch entstehen, daß man zwischen den Handlungsverhältnissen der Commandite und der Societät nicht genau unterschieden hat, indem sie doch zwei ganz verschiedene Verhältnisse sind. Bei der Commandite geht das Eigenthum der eingeschossenen Summe vollständig auf den Commanditar über, während dem Commanditist nur eine Forderung bleibt; bei der Societät behält Jeder sein Eigenthum, aber ihre Mitglieder haften einander in solidum. Fallirt also eine Commandite, so kann der Commanditist sein Recht erst nach Befriedigung der Gläubiger der Commandite geltend machen, weil er diesen nachsteht wegen des allfälligen Mehrgewinnes, den er aus seinem

Gelde hätte ziehen können, wenn die Geschäfte gut gegangen; bei der Societät hingegen können die Societätsgläubiger kein Vorrecht vor den Privatgläubigern beanspruchen, weil wegen der Haft in solidum das Eigenthum der einzelnen Socii ungeschieden bleibt. Es ist gewiß in den citirten Fällen richtig entschieden worden, aber das Nichtunterscheiden zwischen Commandite und Societät gab den Urtheilen das Unsichere und Schwankende, daß das richtige Urtheil über die Commandite I. 122 wieder ein unrichtiges genannt wurde VII. 42.

II. Die Einzinserei. II. 456. 70. — VI. 54. — 104. — 340. — VIII. 105. — 224. 23. — IX. 152. 6. — 201. 11. — X. 355. 8. — 37. 7. — XIII. 76. — 298. 20. — 359. 35. — XIV. 265. — Derselben ähnliche Verhältnisse gleichgestellt: IV. 48. 41. — 123. 4. — VI. 468. II. — VIII. 429. — XI. 19. 4. — XIII. 235. 17. — 321.

Ein verpfändetes Grundstück kann entweder vertheilt werden, daß den einzelnen Theilen des Grundstücks auch entsprechende Theile der Schuld überbunden werden, Verhältniß der rechten Verstoßung, Einzinserei, oder so, daß die Schuld nur einem Theil des Grundstücks überbunden und der andere Theil ohne eine überbundene Schuld weiter veräußert wird, Verhältniß der falschen Verstoßung. Dem Creditor haftet aber immerfort das ganze Grundstück, und im letztern Falle kann er, wenn es zum Concurse des persönlichen Schuldners kommt, sein Pfandrecht auf dem ganzen Grundstück geltend machen und deren Inhaber geschreien, Geschreiung.

Jeder Einzinser haftet zunächst nur für seinen Theil, subsidiär aber für die ganze Schuld. Diese Subsidiärschuldnerschaft ist eine Societas mit der Bestimmung, daß jeder der Socii zunächst nur für seinen Theil belangt werden soll. Die drei Erfordernisse einer Societas sind vorhanden.

a) Vertrag. — Die Einzinserei entsteht und besteht nur durch den Willen der Contrahenten, ein solches Verhältniß einzugehen oder solche Theilschulden zu übernehmen.

b) Haft auf das Ganze.

c) **Regreßrecht**, — nämlich das Recht des Zuges der betreffenden Unterpfande, wenn die Einzinser für einen in Concurs gerathenen Miteinzinser gezahlt haben.

VII. S. 123, V.

Die Einzinser können daher bei drohender Gefahr des Concurses eines Miteinzinsers Klage wegen Pfandverschlechterung erheben.

VII. S. 115. I.
VIII. „ 247. 4.
— „ 341. 5.
XI. „ 75. 26.

Die Einzinser erscheinen somit gegenüber dem Creditor als ein Rechtssubject, als ein Debitor.

Der Gläubiger soll durch eine entstehende Einzinserei so wenig als möglich belästigt werden, deßhalb wird sie einerseits von seiner Zustimmung abhängig gemacht, anderseits kann er einen Trager ernennen.

III. 266 47. — IV. 27. 7. — V. 341. — VII. 115 — VIII. 396. — IX. 153. 9. — X. 386. 16. — 387. 17. — XI. 45. 14. — 84 : 30. — XII. 282. 11. — XIII. 299. 22. — XV. 42. 57. — 59. — 76.

Der Creditor kann nun, wenn der Debitor zahlungsunfähig wird, die falsch Verstoßenen geschreien.

VI. 128. — 181. — XIII. 242. 28. — XVI. 70. — 225.

Diese stehen unter sich in keinem obligatorischen Verhältnisse, mit dem Momente der Geschreinung aber treten sie zu einander in das Verhältniß einer Communio, einer Streitgenossenschaft; denn das Zugsrecht des Creditors ist eine untheilbare Sache, welches nicht gegen den einen geltend gemacht werden kann, gegen den andern nicht. Die Geschreiten können sich nun entweder für den Zug erklären oder müssen ihre Grundstücke fahren lassen. Erklären sie sich für den Zug, so treten sie aus dem Rechtsverhältniß einer Communio in dasjenige einer Societas; denn durch den Zug erwerben die Geschreiten zu den schon besessenen

Grundstücken noch neue hinzu. Ein solcher neuer gemeinschaftlicher Erwerb ist aber nur durch Vertrag möglich, und dieser Vertrag kommt zu Stande durch die gegenseitige Willenserklärung, den Zug thun zu wollen.

II. 102. 22. — III. 113.

Ein Einzinser, welcher im Concurse seines Miteinzinsers dessen Unterpfande zieht, darf nicht geschreien, weil er ja nur die übernommene Verbindlichkeit erfüllt.

VI. 104. Erwäg. 6

Und ebenso können die Geschreiten fordern, daß der Creditor zuerst den Debitor zum Concurs treibe, ehe er auf ihre Grundstücke greife

eod. Erwäg. 2. — XIII. 271. 68.

und gegen den Debitor wegen Pfandverschlechterung klagen.

Die Einzinser und die Geschreiten sind aber, so lange nicht Concurs eintritt, vollberechtigte Eigenthümer ihrer Grundstücke. Es entsteht also die Frage, ob ein Gesetz gegen den Willen der Betheiligten über die Aufhebung solcher Verhältnisse bestimmen könne, ob nicht eine solche Bestimmung ein Eingriff ins Eigenthum sei.

III. Ueber das Pfandrecht an der eigenen Sache. Bachofen, Das Römische Pfandrecht I. S. 84 ff. Paulus unterscheidet in der L. 30. § 1. D. de except. rei jud. 44. 3 scharf zwischen proprietas und obligatio. Das Eigenthum einer Sache kann nur einer Person zustehen und haben mehrere Personen das Eigenthum einer Sache, so sind ihre Eigenthumsrechte getheilt und sie stehen zu einander in dem Verhältniß einer Obligation. Es hat nun ein späterer Creditor des Titius mit Erfolg ein Pfandrecht an der Sache des Mävius, welche dem Titius gehörte, geltend gemacht, und Mävius findet erst nachher, daß ihm noch ein besseres Pfandrecht an dieser Sache zustehe. Das Pfandrecht des Mävius bleibt unverletzt, ungeachtet der Klage des Titius, wie auch Paulus sagt, es sei weniger diese Frage, welche ihn bewege, als diejenige, ob nun das Pfandrecht des Mävius, nachdem er

das Eigenthum der Sache erworben, ausgelöscht sei. Das Obligationsverhältniß, welches hier in Frage kommt, ist dasjenige der Communio; denn allein aus diesem können wir den Schutz erklären, welcher dem Mävius gegen das nachfolgende Pfandrecht zu Theil wird. Zuerst kommt das Pfandrecht des Mävius, dann das Pfandrecht des späteren Creditors des Titius, und wenn dann noch Etwas von der verpfändeten Sache übrig bleibt, wieder das Dominium des Mävius. Der Irrthum bei der Erklärung dieser Stelle liegt hierin, daß man immer das Dominium der verpfändeten Sache als ein ungetheiltes auffaßte und nicht bedachte, daß dieses selbst durch die Verpfändung der Sache an mehrere Personen sich theile. Ein Pfandrecht an der eigenen Sache ist etwas Undenkbares.

Die Schule unterscheidet bei einem Urtheil zwischen dem factischen, historischen, und dem rechtlichen, logischen Theil, und es hat auch eine solche Unterscheidung etwas Naturgemäßes; denn was entsteht — nimmt auch eine Stellung ein. In der Erkenntniß und Darstellung der rechtlichen Verhältnisse sind die römischen Juristen unsere Meister und so wird stets ihr Studium die eine Grundlage der Rechtswissenschaft bleiben.

II.

Ueber die Verantwortlichkeit der Notare, besonders durch Unterlassung der erforderlichen Verstoßungen.

Das Bezirksgericht Hinweil

hat

am 28. April 1853

in Sachen 1) des Herrn J. H. Wirz, Vater, in Wetzikon, 2) des Hs. Jakob Tobler in Robenhausen, 3) des Hs. Jakob Stößel in da, 4) des J. H. Wirz, Sohn, in Wetzikon, Namens der Concursmasse des Hs. Conrad Tobler von Robenhausen-Wetzikon, 5) des

Heinrich Wolf in Medikon bei Wetzikon, 6) des Jakob Wolf in da, Kläger, ihrer Litisdenunciaten, der Erben des verstorbenen Herrn Landschreiber Dietrich sel. in Greifensee, und des Herrn Notars Ferdinand Sigmund Keller in Grüningen, Beklagten, betreffend Forderung aus fehlerhafter Amtsführung, über die Rechtsfrage: **Ob der Beklagte** schuldig sei, 375 fl. oder 875 Fr. nebst Zinsen vom 7. November 1851 an an die Kläger zu bezahlen?

da sich ergeben:

A. Wachtmeister Heinrich Tobler in Robenhausen-Wetzikon hat auf Maitag 1824 dem Muraltischen Familienfond in Zürich für 4000 fl. seine sämmtlichen Liegenschaften verpfändet; der Sohn des ursprünglichen Schuldners ist nach dem Tode seines Vaters in Concurs gekommen, in welchem die heutigen Kläger und einige andere Personen in ihrer Stellung als Einzinser in jenen Schuldbrief von 4000 fl. den Zug der Briefsunterpfande, so weit sie sich im Besitze des Tobler befunden, gethan haben; die Kläger behaupten, sie haben bei diesem Zuge die in der Rechtsfrage erwähnte Summe eingebüßt und es sei dieser Schaden durch fehlerhafte Geschäftsführung des Beklagten entstanden; —

B. Nach Errichtung jenes Schuldbriefes von 4000 fl. hat Tobler und seine Rechtsnachfolger von den Unterpfanden verkauft:

a) ein Nebengebäude und Schopf, unter Nr. 344 C. für 200 fl. assecurirt, sammt einem Plätzli Land, circa ein halbes Mäßli groß, hinten und neben dem Schopf für 200 fl., unter Anweisung von **100 fl. in den 4000 fl. Brief an Johannes Tobler älter, Rudolfen Sohn in Robenhausen, Rechtsvorfahr des Klägers Hs. Jakob Stößel daselbst, am 19. Februar 1840, Act. Nr. 6, S. 11;**

b) ungefähr einen halben Tagwen Streueland im Himmerich und einen halben Tagwen Wiesen, genannt Buchgrindel, beide Grundstücke für 240 fl., am 22. März 1837, an Michael Fischer in Robenhausen, Schuhmacher; nur das erstere Grundstück ist in

dem 4000 fl. Brief verschrieben, es wurde jedoch hievon dem Käufer Nichts angewiesen, sondern diese Verschreibung lediglich im Anhange bemerkt; Fischer hat dieses Grundstück im Jahr 1843 an Hs. Conrad Wismer in Wetzikon für 75 fl. verkauft und dieser sodann im Jahr 1845 mit einem andern, nicht in diesem Schuldbriefe verpfändeten Grundstücke, ungefähr einen halben Tagwen Wiesen, Streueland in dem Himmerich, an J. und A. Biedermann und Comp. in Winterthur für 425 fl., Act. Nr. 6, S. 8;

c) ungefähr einen Tagwen Wiesen oder Torfland, das Himmerich oder Junkern Himmerich genannt, im Jahr 1842, für 275 fl., unter Anweisung von 200 fl. in den Muraltischen Brief, am 9. December 1842, an Hs Conrad Tobler, Heinrichen sel. Sohn zu Robenhausen, Kläger, Act. Nr. 6, S. 12;

d) ungefähr anderthalb Juchart Wiesen, der vordere Floß genannt und im Grund gelegen, am 4. Juni 1837, für 350 fl., unter Anweisung von 200 fl. in den Muraltischen Brief von 4000 fl., an Heinrich Meier, Hs Heinrichs sel. Sohn in Robenhausen; Meier kam im Jahr 1847 in Concurs, und Züger der betreffenden Liegenschaften sind Hs. Jakob Tobler und Jakob Wolfensperger im Grund (Wolfensperger befindet sich nicht unter den Klägern, wohl aber der Hs. Jakob Tobler), Act. Nr. 6, S. 9;

e) ungefähr eine Juchart Wiesen, im Vorderfloß genannt, so ausgemarket, den 26 April 1837, für 150 fl., unter Anweisung von 100 fl. in den Muraltischen Brief, an Hs. Heinrich Boller (befindet sich nicht unter den Klägern) in Robenhausen, Act. Nr. 6, S. 9;

f) den dritten Theil an ungefähr acht Juchart Holz und Boden, so dato Wiesen, im hintern Floß genannt, am 24 April 1838, für 235 fl., ohne Anweisung eines Theils des 4000 fl. Briefes,

der auch nicht in den Anhang aufgenommen worden, an Andreas Schultheß im Floß, Act. Nr. 6, S. 10;

g) ungefähr zwei Tagwen Streuried, das Riedmättli genannt, wie solches ausgemarchet und ausgegraben ist, am 24. September 1838, für 490 fl., unter Anweisung von 200 fl. in den Muraltischen Brief, an Gemeinderath J. Jakob Kündig in Kemten; Nachfolger des Kündig ist der Kläger Wirz, der jenes Grundstück im Jahr 1845 in Kündigs Concurs gezogen hat, Act. Nr. 6, S. 11;

h) ungefähr drei Tagwen Wiesen, die kleine Bohl- und Riedmösliwiesen genannt, wie solche ausgemarchet und ausgegraben ist, unterm 12. September 1838, für 800 fl., unter Anweisung von 400 fl. in den Muraltischen Brief, Act. Nr. 6, S. 7, Verkaufsprotokoll Nr. 6, S. 135, an Hs. Jakob Wolf, Vater, und Johannes Wolf, Sohn, in Medikon; die Kläger Jakob und Heinrich Wolf sind die Rechtsnachfolger dieser Käufer, Act. Nr. 6, S. 10;

i) den siebenten Theil ungefähr an einer Juchart Holz beim Ruetschberg, so mit den übrigen Antheilhabern gemein und unvertheilt, von Tobler nach Act. Nr. 54, S. 1 im Jahr 1818 von Susanna Wolfensperger angekauft; das ganze Grundstück hat sodann der Tobler am 12. September 1838 nach Act. Nr. 54, S. 3 und Nr. 44 an Rudolf Honegger in Medikon für 456 fl. mit einem Vierling Wiesen im Himmerich verkauft; der Muraltische Schuldbrief steht im sogenannten Anhang; —

C. Nach dem Gesagten sind Einzinser des 4000 fl. Briefes geworden:

Litt. a.	mit	100 fl.	Hs. Jakob Stößel, Kläger,
„ c.	„	200 „	Hs. Conrad Tobler, Kläger, jetzt Toblers Concursmassa durch Herrn Wirz, Sohn,
		300 fl.	

Uebertrag: 300 fl.

Litt. d.	mit 200	"	Jakob Wolfensperger und Hs. Jakob Tobler, letzterer Kläger,
" e.	" 100	"	Hs. Heinrich Boller (steht nicht im Proceß),
" g.	" 200	"	J. H. Wirz, Kläger, Vater,
" h.	" 400	"	Jakob und Heinrich Wolf, Kläger,
	1200 fl.		

und die übrigen 2800 fl. schuldete der Sohn des ursprünglichen Debitors, Jakob Tobler; —

D. Die Kläger behaupten nun, der Schuldbrief von 4000 fl. habe völlig hinreichende Unterpfande gehabt; allein es sei ein Theil derselben theils ohne Verstoßung, theils als gar nicht darin verpfändet veräußert worden und der Beklagte, der hiebei mitgewirkt, habe demnach unrichtig gehandelt; der Beklagte trage an diesem Schaden einzig Schuld; nach Act. Nr. 6, S. 2 habe Wachtmeister Tobler vier Tagwen Wiesen, Torf- und Streueland im Himmerich besessen, wie sie in dem fraglichen Schuldbriefe verpfändet worden, allein die Notariatskanzlei habe übersehen, diese Verpfändung in ihrem eigenen Protokoll zu notiren, weßwegen es dem Tobler möglich gewesen sei, anderthalb Tagwen, gestützt auf das Grüninger Protokoll Nr. 29, S. 12 und 13, zu veräußern und dabei seinen Mitcontrahenten und die Notariatskanzlei glauben zu machen, er besitze außer jenen verpfändeten vier Tagwen Himmerich noch anderthalb Tagwen, die nicht verpfändet seien, was jedoch factisch unrichtig gewesen; es sei zwar richtig, daß Tobler später noch zwei Grundstücke Himmerich zugekauft, es sei dieses aber nach Errichtung des 4000 fl. betragenden Schuldbriefs geschehen und es kommen daher diese nicht weiter in Betracht; der Zug der betreffenden Liegenschaften habe sie 3281 fl. 28 ß. gekostet, es seien dann aber auf der Gant nur 2734 fl. geboten worden, so daß sie ein Verlust von 547 fl. 28 ß. treffe; diesen haben sie freiwillig auf 450 fl. reducirt; Wolfensperger und Boller, Jeder mit 100 fl. Einzinser, seien dießfalls zu einem

Sechstheil berechtigt, so daß sich ihre Forderung nach Abzug dieser Rate auf 375 fl. reducire; —

E. Der Beklagte widersetzt sich diesem Begehren und bemerkt: Im Jahr 1822 seien die Liegenschaften des 4000 fl. Briefes von Seite der Notariatskanzlei Greifensee an diejenige von Grüningen abgetreten worden, dieser Schuldbrief laute genau so, wie die Abtretung selbst, nur bei zwei Verkäufen, — an Michael Fischer und Andreas Schultheß, sei von jenem Schuldbrief Nichts angewiesen worden und es könne sich daher nur um den Werth dieser beiden Grundstücke handeln; der Werth des erstern betrage nach dem Fischer-Wismer'schen Kaufvertrage nur 75 fl.; er könne indessen auch hiefür nicht belangt werden, weil die Kläger in einer spätern Zeit Einzinser geworden und sich diese Stellung ungeachtet der frühern Veräußerung von Unterpfanden ohne Verstoßung haben gefallen lassen, sonach die in der Einzinserei liegende Gefahr freiwillig übernommen; eventuell behaupte er, der Schaden sei nicht durch unterlassene Verstoßung eingetreten, sondern wesentlich durch eine beispiellose Verschlechterung der Unterpfande, so sei z. B. das Wohnhaus, ursprünglich zu 5800 fl. assecurirt, auf 1100 fl. herabgesetzt und das Nebengebäude, zu 200 fl. assecurirt, aus der Assecuranz gänzlich gestrichen worden; — das Grundstück, Himmerich genannt, sei ebenfalls verpfändet worden, wie die Notariatskanzlei Greifensee es abgetreten habe; wenn die gezogenen zwei und eine halbe Tagwen im Himmerich nicht mehr vollständig vorhanden seien, so hafte er hiefür nicht, zumal dann nicht, wenn das Uebrige etwa gar nicht existirt habe; er bestreite eventuell die Größe des eingetretenen Schadens, so wie daß das Gantresultat maßgebend sei; —

F. Kläger erwiedern: Sie seien eventuell bereit, dem Beklagten die Zugsobjecte gegen Bezahlung derjenigen Summen abzutreten, die sie darauf haben übernehmen müssen; sie seien regreßberechtigt, denn bei dem Ankaufe jener Liegenschaften haben sie nicht untersuchen müssen, wie bei den frühern Verkäufen verfahren worden; sie haben annehmen

dürfen, der Notar habe dabei seine Pflicht gethan; sie bestreiten, daß die Unterpfande detereorirt worden, so wie daß der Assecuranzwerth maßgebend sei; —

G. Der Beklagte bemerkt hiegegen: Bis zum Erlaß des Notariats-gesetzes vom Jahr 1839 sei es in der Willkür der Contrahenten gestanden, von den frühern Capitalien Etwas zu verstoßen oder nicht; der Notar habe ihren Willen respectiren und nur darauf sehen müssen, daß nicht zu viel Capital auf einzelnen Unterpfanden zurückbleibe; diese Pflicht habe er erfüllt, denn auch nach dem Kaufvertrage mit Fischer und Schultheß habe der 4000 fl. Schuldbrief noch wohl doppelte Unterpfande gehabt; —

H. Bezüglich jener vier Tagwen Wiesen, Torf- und Streueland im Himmerich ergibt sich speciell Folgendes:

a) dieses Grundstück wurde von Seite der Notariatskanzlei Greifensee an diejenige von Grüningen mit folgenden Citaten abgetreten: Protokoll 9, S. 287, 288, A. S. 69 für anderthalb Tagwen Kaufbrief von Grüningen, datirt 28. Januar 1822, Nr. 29, S. 12 und 13;

b) in dem Verzeichnisse über die im Gemeindsbann Rodenhausen befindlichen Liegenschaften erscheint auf S. 11 dasselbe Grundstück mit den nämlichen Citaten;

c) in dem Protokoll Grüningen Nr. 29, S. 12 und 13 ist die Verpfändung dieser beiden Grundstücke in dem 4000 fl. Brief zu Gunsten der Familie Muralt nicht vorgemerkt, weßwegen sie verkauft worden:

α. an Hs. Jakob Guyer, Hs. Jakoben sel. Sohn, und Hs. Jakob Guyer, Caspars sel. Sohn in Ottenhausen im Jahr 1827, welche Käufer dieses Grundstück — ungefähr zwei Vierling Wiesen oder Torfland auf dem Himmerich — jetzt noch besitzen, Act. Nr. 6, S. 17;

β. an Hs. Conrad Wismer zu Wetzikon, ungefähr ein halbes

Mannwerk Wiesen oder Torfland, auf dem Himmerich genannt, um das Jahr 1830; Wismer hat dieses Grundstück mit jenem andern, Fact. Litt. B. b, von Michael Fischer gekauft, im Jahr 1845 an die Herren J. und A. Bidermann und Comp. in Winterthur verkauft; die andere Hälfte der von Rudolf Brunner gekauften Wiese und Torfland auf dem Himmerich wurde sodann von Tobler ebenfalls im Jahr 1845 an die Herren J. und A. Bidermann und Comp. veräußert; bei diesen beiden Grundstücken wurde nicht gesagt, daß sie in dem 4000 fl. Schuldbrief verpfändet seien, wie sie denn überhaupt auch nicht auf die Abtretung von Greifensee, sondern auf das ursprüngliche Grüninger Protokoll Nr. 29, S. 12 und 13 sind rückwärts citirt worden;

d) Kläger bemerken hierüber, der Beklagte habe die Abtretung und sodann die Verpfändung auch in seinem Protokoll Nr. 29, S. 12 und 13 vormerken sollen, es sei dieses aber nicht geschehen und so sei es gekommen, daß in den Protokollen vier Tagwen Land im Himmerich als verpfändet und anderthalb Tagwen im Himmerich als unverpfändet nachgeführt worden, daß der Beklagte ihnen Land im Himmerich zugefertigt habe, während es in Wahrheit nicht existire; dieser Verstoß sei um so auffallender, als die Zufertigung an Tobler gemäß Protokoll Nr. 29, S. 12 und 13 unmittelbar vor der Verpfändung zu Gunsten der Familie von Muralt stattgefunden habe und wenigstens in einem Kaufbrief, Act. Nr. 5, die Identität des Grundstücks ausdrücklich bezeugt sei; hieraus ergebe sich, daß die Grundstücke in dem Plane Act. Nr. 15 mit Nr. I, IV, V, VI zu Gunsten der Familie Muralt verpfändet worden und daß Nr. II und III nach Errichtung jenes Schuldbriefes Tobler zugekauft habe, Act. Nr. 18 und 19;

e) die Erben des Herrn Notar Dietrich, welchen von Seite der

Kläger Streit verkündet worden, schließen sich im Wesentlichen an diese Bemerkungen der Kläger an und fügen bei: In dem Güterverzeichnisse Act. Nr. 38, S. 11 und in der Abtretungsurkunde Act. Nr. 6, S. 2 sei genau angegeben, woher jene vier Tagwen kommen und es habe demnach der Notar von Grüningen alle Veranlassung gehabt, diese Verschmelzung in ein Grundstück in sein Protokoll Nr. 29, S. 12 und 13 zu notiren; in dieser Unterlassung allein liege der Grund des eingetretenen Schadens;

f) der Beklagte erwiedert: Es seien allerdings unrichtiger Weise vier Jucharten und anderthalb Jucharten Himmerich nachgeführt worden, allein dieses beruhe nur auf einem Fehler des Herrn Notar Dietrich, denn er habe nur den Auftrag erhalten, diejenigen Grundstücke an den Notar von Grüningen abzutreten, die noch in seinen Protokollen nachgeführt worden; dieses sei nun aber nur bezüglich zwei und einer halben Juchart der Fall gewesen; wenn nun der Notar von Greifensee den Auftrag überschreitend auch noch ein anderes Grundstück, das in dem Protokolle von Grüningen schon enthalten gewesen sei, in seine Abtretungsurkunde habe aufnehmen wollen, so hätte er hievon dem Notar von Grüningen eigens Kenntniß geben sollen; die Authenticität von Act. Nr. 15 werde bestritten; die Notiz auf Act. Nr. 5 rühre von Herrn Dietrich her (dieses ist von dem Litisdenunciaten anerkannt); —

J. Durch Beweisdecret vom 16. December vorigen Jahres sind den Klägern folgende Beweise auferlegt worden:

a) dem Hs. Jakob Tobler: um welchen Preis das Grundstück „der siebente Theil an einer Juchart Holz beim Ruetsperg, so mit den übrigen Antheilhabern gemein und unvertheilt“ — und wann verkauft worden?

b) den sämmtlichen Klägern: um welchen Preis folgende Grundstücke verkauft worden?

α. im Jahr 1827 an Hs. Jakob Guyer, Hs. Jakoben sel. Sohn und Hs. Jakob Guyer, Caspars sel. Sohn von Ottenhausen bei Pfäffikon ungefähr zwei Vierling Wiesen, dato Torfland auf dem Himmerich, Grundprotokoll Nr. 30, S. 506;

β. im Jahr 1833 an Hs. Conrad Wismer ungefähr ein halbes Mannwerk Wiesen oder Torfland, auf dem Himmerich genannt, Grundprotokoll Nr. 32, S. 640;

γ. im Jahr 1845 an J. und A. Bidermann und Comp. in Winterthur ungefähr eine halbe Tagwen Wiesen oder Torfland, auf dem Himmerich, Grundprotokoll Nr. 39, S. 259;

c) von welcher Zeit an die Käufer von Zugsobjecten: Herr Gemeinderath Hs. Jakob Knüsli von Robenhausen, Jakob Furrer, Heinrichen Sohn von Ettenhausen, in Robenhausen, Johannes Schneebeli von Ringweil, Heinrich Boller von Robenhausen, Hs. Conrad Meier im Grund daselbst und Andreas Schultheß im Floß daselbst — die Verzinsung der betreffenden Kaufspreise übernommen haben? —

K. Die Kläger berufen sich nun ad a von Fact. Litt. J. lediglich auf Fact. Litt. B. i oben und die daselbst citirten Urkunden, mit dem Bemerken, ein Hs. Jakob Tobler sei niemals Eigenthümer dieses Grundstückes gewesen, Act. Nr. 53; —

L. Die Kläger berufen sich ad b α. β. γ. auf

1) einen Kaufbrief für die beiden Guyer, datirt 21. December 1827, Act. Nr. 45, wonach der Kaufpreis 261 fl. betragen hat;

2) einen Kaufbrief für Hs. Conrad Wismer, datirt 30. November 1833, Kaufpreis 201 fl., Act. Nr. 20;

3) einen Kaufbrief vom 4. April 1845 für die Herren Biedermann und Comp., Kaufpreis 125 fl., Act. Nr. 46; —

M. Aus einem Zeugnisse der Notariatskanzlei Grüningen ergibt sich, daß den Käufern der Zugsobjecte: Knüsli, Furrer, Schneebeli,

Boller und Meier der Zins von dem Kaufpreise mit Martini 1849, dem Herrn Schultheß dagegen mit Martini 1850 angegangen ist, Act. Nr. 49 verglichen mit Act. Nr. 6, S. 16 und 17; —

N. Die Parteien haben eine Verhandlung über diese neue Actenlage nicht verlangt; —

O. Hs. Conrad Tobler in Robenhausen ist in Concurs gerathen; er selbst will den Proceß nicht fortsetzen, dagegen ist an seiner Stelle dessen Creditor Herr Hauptmann J. H. Wirz, Sohn, getreten; —

P. Die Commission hat am 2. d. M. Actenschluß erkannt:: —

in Erwägung:

1) Dem Beklagten wird als fehlerhaft bezeichnet

a) die Mitwirkung bei dem Verkaufe am 22. März 1837 an Michael Fischer von ungefähr einem halben Tagwen Streueland im Himmerich, ohne Verstoßung eines Theils des 4000 fl. haltenden Schuldbriefes zu Gunsten der Familie von Muralt; dieses Grundstück ist später (im Jahr 1843) für 75 fl. verkauft worden und befindet sich gegenwärtig im Besitze der Herren J. und A. Bidermann und Comp. in Winterthur, oben Fact. Litt. B. b;

b) seine Mitwirkung bei dem Verkaufe am 24. April 1838 von dem dritten Theil an ungefähr acht Juchart Holz und Boden, so dato Wiesen, im hintern Floß, an Herrn Andreas Schultheß im Floß für 235 fl., ohne Anweisung eines Theils des 4000 fl. haltenden Schuldbriefes und ohne Aufnahme desselben im sogenannten Anhange, oben Fact. Litt. B. f;

c) seine nämliche Handlung bei dem Verkaufe vom siebenten Theil an einer Juchart Holz beim Ruetschberg, so mit den übrigen Antheilhabern gemein und unvertheilt; hierüber ergibt sich lediglich, daß Tobler im Jahr 1818 diese Parcelle gekauft hat, um welchen Preis haben die Kläger nicht bewiesen,

obgleich dieses von ihnen durch Beschluß vom 16. December v. J. ausdrücklich verlangt worden; das ganze Grundstück mit einem Vierling Wiesen hat sodann der Tobler am 12. September 1838 für 456 fl. an Honegger verkauft, Fact. Litt. B. i;

d) die unterlassene Bezeichnung der Grundstücke im Protokoll Nr. 29, S. 12 und 13, anderthalb Tagwen im Himmerich, von der erfolgten Verschmelzung der Grundstücke in vier Tagwen Wiesen, Torf- und Streueland und der darauf erfolgten Verpfändung zu Gunsten der Familie von Muralt, welche Unterlassung thatsächlich bewiesen ist und zur Folge hatte, daß Tobler als unverpfändet verkaufen konnte:

aa. im Jahr 1827 an die Herren Guyer ungefähr zwei Vierling Wiesen oder Torfland auf dem Himmerich für 261 fl.;

bb. um das Jahr 1830 an Hs. Conrad Wismer ungefähr eine halbe Tagwen Wiesen oder Torfland im Himmerich für 201 fl.;

cc. im Jahr 1845 an die Herren J. und A. Bidermann und Comp. ungefähr eine halbe Tagwen Wiesen oder Torfland im Himmerich für 125 fl.; thatsächlich ist in dieser Beziehung aus den Acten nicht klar:

dd. wo die vierte Juchart Himmerich hingekommen, indem nur veräußert worden:

½ Tagwen an Melchior Fischer, Fact. Litt. B. b.
1 „ „ Hs. Conrad Tobler, Fact. Litt. B. c.
½ „ „ Guyer, Fact. Litt. H. c. α.
½ „ „ Wismer, Fact. Litt. H. c. β.
½ „ „ Bidermann, Fact. Litt. H. c. β.

während die fraglichen Grundstücke als vier Tagwen in Act. Nr. 6, S. 2 und 38 S. 11 sind angegeben worden;

ee. wer sich im Besitze der beiden Grundstücke: ein halbes Mannwerk Wiesen im Junkern-Himmerich genannt, notarialisch gefertigt den 25. August 1824, gekauft von Jakob Tobler, Schneider, Act. Nr. 18, — ein halber Tagwen Wiesen, das Junkern-Himmerich genannt, notarialisch gefertigt am 1. December 1824, gekauft von Hs. Georg Wismer, Act. Nr. 19 — befinde;

indessen ist dießfalls zu bemerken, daß diese beiden Grundstücke nach dem Datum der Fertigungen und dem Datum des Schuldbriefes vom 28. April 1824 im Betrage von 4000 fl. jedenfalls in diesem nicht verpfändet sein können; die Kenntniß ihres Schicksals wäre indessen darum erforderlich gewesen, um die jetzigen Besitzesverhältnisse erklären und begreifen zu können (die zwei ersten Grundstücke auf Act. Nr. 6, S. 19 und das erste auf S. 20, Act. Nr. 6 mit den folgenden darauf bezüglichen Einträgen passen zu den Bezeichnungen in Act. Nr. 18 und 19 nicht); —

2) von wesentlichem Einfluß auf die Entscheidung dieses Processes ist nun die Kenntniß der Zeit, zu welcher die Kläger Einzinser geworden sind; in dieser Beziehung ergibt sich, daß solche geworden sind (vgl. Fact. B. oben):

Litt. a.	Hs. Jakob Stößels Vorfahr mit . . . am 19. Februar 1840, Act. Nr. 6, S. 11;	100 fl.
„ c.	Hs. Conrad Tobler, jetzt Toblers Concursmasse durch Herrn Wirz, Sohn, mit . am 9. December 1842, Act. Nr. 6, S. 12;	200 „
„ d.	Hs. Jakob Toblers Vorfahr mit . . . am 4. Juli 1837, Act. Nr. 6, S. 9;	100 „
„ g.	J. J. Wirz, Vater, Vorfahr mit . . . am 24. September 1838, Act. Nr. 6, S. 11;	200 „
		600 fl.

Uebertrag: 600 fl.

Litt. b. Jakob und Heinrich Wolf, Vorfahr mit . 400 „
am 12. September 1838, lt. Act. Nr. 6, S. 10;

1000 fl.

während die Einzinser, welche an diesem Processe keinen Theil nehmen, diese Stellung erworben haben:

Litt. d. Jakob Wolfenspergers Vorfahr mit . . 100 fl.
am 4. Juli 1837, Act. Nr 6, S. 9;

„ e. Hs. Heinrich Boller mit . . . . . . 100 „
am 26. April 1837, Act. Nr 6, S. 9; —

200 fl.

3) die notarialischen Fertigungen der in Erwägung 1 a, b, c bezeichneten Kaufverträge, die fehlerhaft gewesen sein sollen, erfolgten

Litt. a. am 22. März 1837 an Herrn Fischer; an diesem Tage war noch keiner der Kläger Einzinser;

„ b. am 24. April 1838 an Herrn Schultheß; damals war einzig der Kläger Hs. Jakob Tobler und die nicht im Processe stehenden Jakob Wolfensperger und Hs. Heinrich Boller je mit 100 fl. Einzinser;

„ c. am 12. September 1838 an Herrn Rudolf Honegger; damals waren Einzinser diese drei Personen je mit 100 fl. und im Momente der Fertigung an Herrn Honegger die Gebrüder Wolf, was sich aus der Seitenzahl der Protokolle S. 155 bei Herrn Wolf und S. 156 bei Herrn Honegger ergibt; —

4) der Beklagte ist für diese Unterlassung denjenigen Klägern gegenüber, die zur Zeit dieser Verkäufe noch nicht Einzinser gewesen, nicht verantwortlich; damals war der Schuldbrief von 4000 fl. unzweifelhaft noch sehr gut, wenigstens durfte dieses der Notar annehmen; er handelte daher nicht gerade fehlerhaft, wenn er von diesem Capital den Käufern keinen Theil angewiesen und

diesen Schuldbrief nur in den sogenannten Anhang verwiesen hat; der Kaufpreis betrug von a, b 310 fl., von dem Kaufe c unzweifelhaft eine viel unbedeutendere Summe; er war daher verhältnißmäßig gering, denn der Creditor wurde durch das Verhältniß der möglichen Geschreinung gesichert; die Käufer aber, wenn sie sich nun nach dem Verkaufe jener Grundstücke die Anweisung eines Theiles des Capitals gefallen ließen, haben lediglich die Folgen dieser Uebernahme zu tragen, zumal diese in ihrer Willkür gelegen und angenommen werden muß, daß sie sich über den damaligen Stand der Unterpfande, auf denen dieses Capital direct vorgestellt gewesen, erkundigt haben, dieses zu thun auch unzweifelhaft in ihrer Pflicht gelegen hat; sie können daher nachträglich und auch in diesem Processe keine bessere Stellung beanspruchen, als sie dieselbe übernommen haben; es ist nun zwar richtig, daß bei dem Verkaufe litt. b nicht einmal jenes pfandrechtliche Verhältniß gewahrt worden (ob es bei demjenigen litt. c geschehen, sagen die Acten nicht), allein über diese Ommission können sich die Kläger nicht beklagen, weil sie jedenfalls nicht geschreien könnten; —

5) anders verhält sich nun die Sache im Verhältniß gegen den Hs. Jakob Tobler und Wolf, Fact. Litt. B. d. h; hier durften diese, die am 4. Juli 1837, resp. 12. September 1838 Einzinser geworden, von dem Notar erwarten, er werde auch bei den spätern Fertigungen von Verkäufen den Käufern Capitalien anweisen, wie dieses bei ihren Käufen geschehen ist; die dießfällige Unterlassung ab Seite des Notars hat nun aber die Stellung des Tobler und der Gebrüder Wolf, als subsidiär für das Ganze Verpflichtete, verletzt, ihre einstige, nun eingetretene Gefahr erhöht, da dem Einzinser die Befugniß der Geschreinung nicht zusteht; diese Verschlechterung der Stellung des Tobler und Wolf ist in dem Umfange des Kaufpreises bezüglich der Grundstücke Erwägung 1 b, c und der in Folge derselben nothwendig gewesenen

Verstoßung eines verhältnißmäßigen Antheils desselben eingetreten; über dieses Verhältniß muß die Anweisung des Tobler und der Gebrüder Wolf selbst Fact. Litt. B. d. h maßgebend sein; — die Anweisungen betrugen:

a) an Tobler $^{200}/_{350} = {}^{4}/_{7}$;

b) an Gebrüder Wolf $^{400}/_{800} = {}^{1}/_{2}$;

dem Gesagten ungeachtet kann nun aber der Werth des Grundstückes und der Kaufpreis Erwägung 1 c überall nicht in Betracht fallen, weil die Größe des Kaufpreises nicht ermittelt ist, da an Herrn Honegger mit dem ganzen Grundstücke, einer Juchart Holz im Ruetschberg, auch noch ein Vierling Wiesen verkauft worden; es rechtfertigt sich hier die Annahme einer im Verhältniß der Größe beider Grundstücke ermittelten Summe um so weniger, als die Culturart verschieden ist; —

6) der Beklagte hätte sonach Pflicht und Veranlassung gehabt, dem Herrn Schultheß vier Siebentel von 235 fl. Kaufpreis in den Muraltischen Schuldbrief von 4000 fl. anzuweisen und er haftet dem Kläger Hs. Jakob Tobler gegenüber für die Folgen dieser Unterlassung; jene vier Siebentel betragen 134²/₇ fl. und davon ein Zwölftel auf den Hs Jakob Tobler = 11 fl. 7 ß. 7 hlr.; —

7) für den in Erwägung 1 d bezeichneten Fehler muß dagegen der Beklagte allen Klägern gegenüber einstehen; die Citate in der Abtretung von Greifensee an das Notariat Grüningen im Herbstmonat 1822 (der Beklagte bestreitet nicht, damals Notar von Grüningen gewesen zu sein) „für anderthalb Vierling Kaufbrief von Grüningen vom 28. Jenner 1822, Nr. 29, S. 12 und 13“ waren deutlich und klar und der Beklagte hätte daher völlig hinreichende Veranlassung und damit auch die Pflicht gehabt, von dem Zusammenzug dieser verschiedenen Parcellen in ein Grundstück in seinem Protokoll gehörige Hinweisung zu machen, wodurch

ihm dann auch später bei Veräußerung dieser Grundstücke Protokoll Nr. 29, S. 12 und 13 deren Verpfändung in dem 4000 fl. Schuldbrief nicht hätte entgehen können; durch diese Unterlassung ist daher der Verkauf dieser Grundstücke, als in diesem Schuldbriefe nicht verpfändet, dem Tobler ermöglicht worden; —

8) man könnte nun zwar versucht sein

a) anzunehmen, auch diese Veräußerungen an Gujer im Jahr 1827 und an Wismer im Jahr 1830 seien den Klägern oder ihren Rechtsvorfahren zur Zeit der Entstehung der Einzinsereien bekannt gewesen;

b) zu glauben, der Notar hätte auch bei der Kenntniß dieser Verpfändung diese nur im Anhange bemerkt, wodurch gegen diese Käufer keine Einzinserei, sondern nur eine mögliche Geschreiung entstanden wäre, in welch letzterm Falle die Kläger nach dem oben Erwägung 4 Gesagten sich nicht beschweren könnten, —

indessen fallen beide Bedenken, gehörig besehen, dahin; für die Kläger war zur Zeit der Eingehung der Einzinserei das Grundprotokoll maßgebend und hienach standen dem Tobler nach stattgehabter Fertigung des Vertrages Erwägung 1 a noch drei und eine halbe Tagwen Wiesen, Torf- und Streueland im Himmerich, zu und sie durften daher annehmen, daß bei einem Concurse auch diese für die Einzinserrate des Tobler von 2800 fl. haften oder der Beklagte werde bei einem Verkaufe dieser Grundstücke, dem oder den Käufern einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises an diese 2800 fl. anweisen; —

9) wenn es sich nun aber fragt:

a) welches der Schaden sei, der die Kläger durch den Zug der Tobler'schen Liegenschaften getroffen hat? und

b) ob die Fehler des Beklagten Erwägung 5, 6, 7, 8 gerade diesen Schaden verursacht haben? —

so ist ad a zu bemerken: Die Kläger haben nur einen verhältniß-mäßig unbedeutenden Theil der Zugsobjecte verkauft; zur Veräußerung aller sind sie nicht verpflichtet; bennoch aber ist das Gantresultat Act. Nr. 4 maßgebend, um so mehr, als die Kläger sich anerbieten, dem Beklagten die Zugsobjecte gegen Uebernahme der auf dem Zuge haftenden Passiven abzutreten; eine Vergleichung des Zugbriefes mit dem Gantrodel und den Kaufverträgen Act. Nr. 6, S. 15 zeigt, daß von den Zugsobjecten für

195 fl. an Herrn Knüsli,
181 „ „ „ Furrer,
230 „ „ „ Schneebeli,
173 „ „ „ Boller,
165 „ „ „ Meier,
300 „ „ „ Schultheß verkauft worden;
dagegen für
240 „ an Jakob Furrer und für
1550 „ an Jakob Meier hätten verkauft werden können.
3034 fl.

Aus Fact. Litt. M. ergibt sich nun, von welchem Zeitpuncte an den Käufern der Kaufspreis zu laufen anfing.

Zu diesen

3034 fl. — ß. Werth, Martini 1849, kommen nun noch
94 „ 1 „ Ertrag der Zugsobjecte, Act. Nr. 2.
3128 fl. 1 ß.

Dagegen haben die Züger übernehmen müssen:

47 fl. — ß. Capital Junker Pfarrer Meiß in Zollikon;
3 „ 21 „ 1½ Zinse von Mai 1848 bis Martini 1849 à 5 Proc.;
7 „ 20 „ in Wagner Messikomers Tragerei, denn für die Bezahlung dieser Post liegt Nichts vor;
58 fl. 1 ß.

Uebertr.: 58 fl. 1 ß.

100	„ —	„	Capital der Wyßischen Familie;
14	„ —	„	als 3½ Zinse bis Martini 1849 à 4 Proc.;
75	„ —	„	Capital Frau Escher geb. Hirzel;
18	„ 30	„	als fünf Zinse mit Martini 1849 à 5 Proc.;
2800	„ —	„	Capital der Muraltischen Familie;
18	„ 10	„	Zinsrestanz von Mai 1847;
350	„ —	„	2½ Zinse bis Martini 1849 à 5 Proc.;
—	„ 38	„	Rechtstriebkosten;
55	„ 21	„	Concurskosten;
5	„ 35	„	für den Zugbrief, Act. Nr. 2;
15	„ —	„	ein Zins von 300 fl. von dem Kaufpreis bei Andreas Schultheß bis Martini 1850;

3511 fl. 15 ß. als der Werth der Zugsobjecte.

Hievon ab

3128 „ 1 „

383 fl. 14 ß., wovon ein Sechstheil mit

61 „ 15 „ 8 hlr. ab, welche auf die Einzinser Jakob Wolfensperger und Boller fallen, die nicht im Processe stehen;

321 fl. 38 ß. 4 hlr. als Betrag des die Kläger getroffenen Schadens.

ad b: abgesehen von der besondern Stellung des J. Jakob Boller zu dem Beklagten muß nun vor Allem aus ermittelt werden, welches der Werth der von dem Cridar Tobler verkauften Himmerichtheile gewesen sei, die nominell der Familie von Muralt verpfändet gewesen, die aber aus haftbarer Schuld des Beklagten ohne Verstoßung eines Theils des 4000 fl. Briefes veräußert werden konnten; — diese Himmerichtheile wurden verkauft für

261 fl. an Herrn Guyer, Fact. Litt. L.;
201 „ an Herrn Wismer, „ „ „
125 „ an die Herren Biedermann u. Comp., Fact. Litt. L.
587 fl.

Aus einer durchschnittlichen Vergleichung der sämmtlichen Anweisungen an dem 4000 fl. Schuldbrief ergibt sich nun, daß sie im Verhältniß von drei Fünftheilen erfolgten, hier sonach im Betrage von 352 fl. 8 ß. hätten erfolgen sollen; von dieser Summe zieht sich nun aber ein Sechstheil auf diejenigen Personen fallend ab, die nicht im Processe stehen, = 58 fl. 28 ß., so daß der von dem Beklagten verursachte Schaden den Klägern gegenüber 293 fl. 20 ß beträgt; —

10) die Forderung der Kläger erscheint dagegen in einem höhern Betrage (vorbehältlich Erwägung 6) nicht begründet; gegen die geforderten Zinse ist eventuell Nichts eingewendet worden:: —

mit Mehrheit erkannt:

1. Sei der Beklagte schuldig, an die sämmtlichen Kläger 293 fl. 20 ß. (684 Fr. 84 Rpn.) und an den Hs. Jakob Tobler noch insbesondere 11 fl. 7 ß. 7 hlr. (26 Fr. 34 Rpn), beide Summen mit Verzugszinsen vom 7. November 1851 an zu bezahlen, — seien dagegen die Kläger mit ihren weiter gehenden Begehren abgewiesen; —

2. Tragen Kläger ein Viertheil und Beklagter drei Viertheile der sämmtlichen Proceßkosten; —

3. Tragen Kläger die Kosten über die Litisdenunciation an Herrn Notar Dietrich und Mitbetheiligte mit 9 Fr. 52 Rpn.; —

4. Entschädige der Beklagte die Kläger mit 15 Fr. und Herrn Notar Dietrich mit 15 Fr. für ihr vergebliches Erscheinen am 13. August d. J.; —

5. Mittheilung an die Parteien.

In Folge der von den beiden Parteien gegen dieses Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann die Civilabtheilung des Obergerichtes unterm 8. October 1853,

in Erwägung:

1) Daß der Zug, welchen die Kläger als Einzinser in den 4000 fl. haltenden Schuldbrief zu Gunsten des von Muraltischen Familienfonds, in Gemeinschaft mit den beiden, an dem gegenwärtigen Processe nicht Theil nehmenden Miteinzinsern Wolfensperger und Boller im Concurse des Hs. Jakob Tobler, Jäger, von Robenhausen haben thun müssen, dieselben nach der in Erwägung 9 des bezirksgerichtlichen Urtheils enthaltenen detaillirten Berechnung zwar nicht auf 3511 fl. 15 ß., wie das Bezirksgericht annimmt, wohl aber auf 3496 fl. 15 ß. zu stehen kommt, indem die 15 fl., als der Betrag eines mit Martini 1850 verfallenen Jahreszinses von dem 300 fl. betragenden Kaufpreise des an Andreas Schultheß verkauften Antheils an einer Dorfgerechtigkeit, welchen das Bezirksgericht den Zügern ebenfalls als überbundenes Passivum in Rechnung gebracht hat, darum außer Berechnung fällt, weil angenommen werden muß, daß die Züger im Jahr 1850 den Nutzen von dem fraglichen Gerechtigkeitsantheile bezogen und dadurch für den Betrag jenes Zinses Ersatz gefunden haben; —

2) daß dagegen der Werth der Zugsobjecte nicht mehr als 3128 fl. 1 ß. beträgt, nämlich 3034 fl. als Werth der Liegenschaften und 94 fl. 1 ß. als Ertrag derselben während des Concurses laut Act. 2, indem, was die Liegenschaften anbetrifft, der angenommene Werth derselben sich auf das Resultat einer über dieselben abgehaltenen öffentlichen Versteigerung gründet, das, obgleich die Züger nicht alle Zugsobjecte um die erfolgten Angebote losgeschlagen haben, gleichwohl als maßgebend angesehen werden muß, weil

a) ein anderer Anhaltspunct für die Werthbestimmung der im Besitze der Züger verbliebenen Zugsobjecte gänzlich mangelt, die Kläger aber sich anerboten haben, dieselben dem Beklagten gegen Uebernahme der ihnen auf dem Zuge überbundenen Schulden (natürlich mit Abrechnung des Erlöses von den bereits verkauften Liegenschaften) zu überlassen, und

b) hinsichtlich des im Zugbriefe angeführten Grundstücks von zwei und einer halben Tagwen Torf- und Streueland im Himmerich, welches unter jener Summe nicht begriffen ist, von dem Notar selbst in dem Zugbriefe bemerkt worden, daß laut Angabe des Cridars dieses Grundstück sich nicht unter seiner Activmasse befinde, auch seither dasselbe weder ganz noch theilweise zum Vorschein gekommen ist, und daher auch nicht weiter in Anschlag gebracht werden kann, obgleich es allerdings sehr auffallen muß, daß, während das ganze in dem von Muraltischen Schuldbriefe zu Pfand eingesetzte Grundstück als vier Jucharten groß bezeichnet wird, die Acten — wie das Bezirksgericht in Erwägung 1 dd seines Urtheils ganz richtig aus einander setzt — nur über die Veräußerung von drei Jucharten Auskunft geben und somit darüber, welches Schicksal die vierte Juchart gehabt habe, völliges Dunkel herrscht; —

3) daß somit die Einbuße, welche die Züger auf dem in Rede stehenden Auffallszuge erlitten haben, auf 368 fl 14 ß. zu stehen kommt, wovon jedoch ein Sechstheil, somit 61 fl. 15 ß. 8 hlr. abzurechnen ist, als diejenige Quote, welche auf die nicht im Processe stehenden Mitzüger Wolfensperger und Woller fällt, demnach gegenwärtig nur ein Schaden von 306 fl. 38 ß. 4 hlr. (716 Fr. 24 Rpn.) in Betracht kommt; —

4) daß nun Kläger ihr Begehren auf Ersatz des erlittenen Schadens darauf stützen, daß der Beklagte

a) von den in dem von Nuraltischen Schuldbriefe verpfändeten vier Tagwen Wiesen, Torf- und Streueland im Himmerich anderthalb Tagwen, welche später von dem Schuldner jenes Briefes verkauft worden, als unverpfändet den Käufern zugefertigt und hievon im Protokoll neben dem Eintrage dieses Schuldbriefes keinerlei Vormerk gemacht habe, nämlich:

zwei Vierling Wiesen im Jahr 1827 an den Herrn Guyer zu Ottenhausen, um den Kaufpreis von 261 fl. (Act. 6, S. 17 und Act. 45);

anderthalb Mannwerk Wiesen oder Torfland im Jahr 1833 an Hs. Konrad Wismer in Wetzikon, um 201 fl. (Act. 6, S. 18 und Act. 20), und

ein halbes Mannwerk Wiesen oder Torfland im Jahr 1845 an die Herren Jakob und Andreas Biedermann und Comp. in Winterthur um 125 fl. (Act. 6, S. 20 und Act. 46);

b) verschiedene andere in dem gedachten Schuldbriefe als Pfand haftende Grundstücke, welche der Schuldner des Letztern im Verlaufe der Zeit ebenfalls veräußert, zwar unter Vormerkung dieser Veräußerung am Protokoll neben dem Eintrage des Schuldbriefes, den Käufern ohne Ueberbindung eines Theiles des 4000 fl betragenden Capitals, ja sogar zum Theil ohne Erwähnung des letztern auch nur als Anhang, zugefertigt habe, und zwar

α. einen halben Tagwen Streueland im Himmerich an Michael Fischer in Robenhausen, am 22. März 1837, das dieser dann später um 75 fl. weiter verkauft habe (Act. 6, S. 8);

β. den dritten Theil an circa acht Jucharten Holz und Boden, nunmehr Wiesen im hintern Floß an Andreas Schultheß im Floß, am 24. April 1838 um 235 fl. (Act. 6, S. 10), und

γ. den siebenten Theil an einer Juchart Holz beim Rutschberg an Rudolf Henegger in Medikon am 12. September 1838, hinsichtlich dessen der Kaufpreis nicht ersichtlich ist (Act. 54); —

5) daß, was nun zunächst die in Erwägung 4, litt. a berührte Thatsache anbetrifft, dem Beklagten eine Fahrlässigkeit darin zur Last fällt, daß er, nachdem bei Anlaß der im Jahre 1822 erfolgten Abtretung des — wie es scheint — bis dahin nach Greifensee kanzleigenössig gewesenen Gütercomplexes von Robenhausen die verschiedenen beisammen gelegenen Parcellen Land im Himmerich, welche der Rechtsvorfahr des Cridars, Wachtmeister Heinrich Tobler daselbst, damals besessen hatte und von denen circa zwei und ein halber Tagwen in den Protokollen der Kanzlei Greifensee und anderthalb Tagwen in denjenigen von Grüningen eingetragen waren, unter ausdrücklicher Hinweisung auf die dießfälligen Protokolleinträge, insbesondere auch auf diejenigen im Protokoll der Notariatskanzlei Grüningen, in ein Grundstück zusammengezogen und dieses als circa vier Tagwen haltend in das Protokoll eingetragen worden ist, — unterlassen hat, bei denjenigen Einträgen seines Protokolls, welche sich auf die früher schon von ihm gefertigten zwei Parcellen dieses Grundstücks von einem halben und einem Tagwen (Act. 6, S. 17 und 18) bezogen, eine gehörige Hinweisung auf diejenige Stelle des Protokolls zu machen, in welcher die verschiedenen Parcellen als ein Grundstück aufgeführt waren, eine Unterlassung, die sodann später die Fertigung des Verkaufes dieser Grundstücke ohne Bemerkung der Verpfändung derselben in den 4000 fl. haltenden Schuldbrief der Familie von Muralt möglich gemacht hat; —

6) daß die bezeichnete Fahrlässigkeit mit dem Schaden, den die Kläger erlitten haben, in Causalzusammenhang steht und den Beklagten zum Ersatze dieses Schadens verpflichtet, indem

a) der Beklagte durch jenes Versehen gehindert war, die ihm obliegende Verpflichtung, bei der Fertigung der fraglichen Verkäufe einen entsprechenden Theil der Schuldsumme von 4000 fl. auf die verkauften Parcellen zu verlegen oder doch auf die Contrahenten zu Vornahme einer solchen Anweisung einzuwirken, so wie dann auch bei spätern Verkäufen von Grundstücken des Tobler hinsichtlich der Anweisungen, die durch jene Veräußerungen bewirkte Verminderung von im Besitz des Tobler noch befindlichen Pfanden gehörig zu berücksichtigen, zu erfüllen, in welcher Hinsicht zu bemerken ist, daß zwar allerdings § 52 des Notariatsgesetzes vom 26. Brachmonat 1839, wodurch bei Uebergang des Eigenthums einzelner Pfande an einen Dritten Anweisung eines entsprechenden Theiles der Schuldsumme an den Erwerber vorgeschrieben wird, als erst später erlassen hier nicht maßgebend sein kann, jedoch schon § 4, Thl. VII des Stadt- und Landrechtes dieselbe Bestimmung enthält, und wenn auch hier dahin gestellt bleiben kann, ob bei der häufig vorgekommenen und zugelassenen mangelhaften Vollziehung dieser Bestimmung die Unterlassung der Anweisung auch in den Fällen, in denen die Contrahenten selbst diese Unterlassung bestimmt gewollt haben, den Landschreiber für daraus entstandenen Schaden verantwortlich mache, doch jedenfalls da, wo der Landschreiber selbst durch fehlerhaften Protokolleintrag sich alle Veranlassung entzogen hat, auf Vornahme der Anweisung hinzuwirken, und wo aus den Umständen hervorgeht, daß ohne jenen Fehler höchst wahrscheinlich Anweisungen in höherm Maße wirklich stattgefunden hätten, wie dieß hier der Fall ist, die Haft stattfinden muß und auf abweichenden Willen der Contrahenten zur Entschuldigung nicht abgestellt werden kann;

b) nicht nur das Eintreten eines Schadens an sich, sondern

auch ein Schaden in dem Umfange, wie er hier nachgewiesen ist, als Folge jenes Versehens betrachtet werden muß, da nach dem Verhältniß, in dem die Anweisungen bei andern Verkäufen von Pfanden aus dem fraglichen Briefe stattgefunden haben, zu erwarten ist, es hätte der Notar auf jene Parcellen allein, deren Werth nach Erwägung 4, litt. a zusammen 587 fl. beträgt, wenigstens so viel, als nach Erwägung 3 die Einbuße der Züger ausmacht, nämlich 368 fl. 14 ß., verlegt oder wenigstens, wenn er eine geringere Summe auf dieselben verwiesen hätte, dann die in Erwägung 4, litt. b berührten Unterpfande, deren Verkauf erst später stattgefunden hat, nicht, wie es geschehen ist, vorstandsfrei den betreffenden Käufern zugefertigt, sondern von der erwähnten Summe noch so viel darauf verlegt, als zu vollständiger Deckung erforderlich gewesen wäre; —

7) daß, da sonach der Schaden, welchen die Kläger an dem betreffenden Auffallszuge erlitten haben, in seinem vollen Umfange schon durch das in Erwägung 5 bezeichnete fehlerhafte Verfahren des Notars hinreichend erklärt und das Verschulden des Beklagten von der Art ist, daß er zum Ersatze desselben einerkannt werden muß, darüber, welche Folgen die unterlassene Ueberbindung eines Theiles des von Muraltischen Capitals an die Käufer der Erwägung 4, litt. b bezeichneten Unterpfande gehabt habe und inwiefern auch diese Unterlassung zur Begründung der Klage geeignet sei, nicht mehr eingetreten zu werden braucht:: —

mit Einmuth gefunden:

Sei die Berufung der Kläger zum Theil begründet, diejenige des Beklagten unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei der Beklagte schuldig, an die sämmtlichen Kläger 716 Fr. 24 Rpn. (306 fl. 38 ß. 4 hlr.) sammt Verzugszinsen zu 5 Procent

vom 7. November 1851 an zu bezahlen, mit einer weiter gehenden Ansprache seien dagegen Kläger abgewiesen; —

2. Seien die erstinstanzlichen Kosten zu einem Fünftheil von den Klägern und zu vier Fünftheilen von dem Beklagten zu bezahlen, mit Ausnahme der wegen der Litisdenunciation an Herrn Notar Dietrich entstandenen, welche Kläger allein zu tragen haben; —

3. Seien die heutigen Kosten von dem Beklagten allein zu bezahlen; —

4. Habe es bei der Entschädigungsbestimmung in Dispos. 4 des erstinstanzlichen Urtheils sein Verbleiben; —

5. Sei dieses Urtheil dem Bezirksgerichte Hinweil unter Rücksendung der Acten und den Parteien mitzutheilen.

III.

Ueber die Gebrechen des neu eingeführten Geschwornenverfahrens.

Es gehört zu den eigenthümlichsten Erscheinungen der Gegenwart und ist nur aus deren gänzlicher politischer Erschlaffung und Uebersättigung zu erklären, daß in dem Canton Zürich das bisherige Strafverfahren in seinen wesentlichsten Theilen aufgegeben und durch das Institut der Geschwornen ersetzt werden konnte, ohne daß eine allgemeinere Besprechung und Erörterung über das Bedürfniß, den Werth und die Wirkungen der neuen Einrichtungen vorausgegangen ist oder jetzt nachfolgend stattfindet. Gesteigert und forterhalten wird dieses Schweigen besonders durch den Umstand, daß es zu einem durch den großen Haufen aller Länder nachgebeteten Schlagworte oder zu einer (sog. liberalen) Allerweltsphrase gemacht worden ist, Geschwornengerichte zu haben,

weßhalb viele Andersdenkende entweder aus Furcht, für tief unter der Höhe und Erleuchtung der Zeit stehend verschrieen oder verfolgt zu werden, oder auch in der Ueberzeugung verstummen, daß man doch vergeblich dem einmal angeschwollenen Zeitstrome sich widersetzen würde und besser und weiser zum ruhigen und schnellen Ablaufe seiner Wasser beitrage. Allerdings ist in solcher Weise schon vieles Wasser dahin geflossen und durch die wieder hervortretenden alten Sitten und Einrichtungen aufgetrocknet worden: allein einerseits dauert dieses Verlaufen und Vertrocknen mitunter doch etwas lange und andererseits bleibt in den Niederungen und an andern ungünstigen Orten noch immer genug Wasser sitzen. Es möchte daher für Diejenigen, welche andern Ansichten huldigen, eine heilige Pflicht sein, einmal das Schweigen zu brechen und offen und laut auszusprechen, worin das Neue fehlerhaft oder gefährlich sei und welche Bedenken und Rücksichten man dabei zu tragen habe. Sind die neuen Einrichtungen wirklich gut, werden sie aus den Angriffen nur anerkannter und gesicherter hervorgehen; umgekehrten Falles wird man dieselben entweder verbessern oder gar fallen lassen müssen. Indem in dieser Absicht hier eine öffentliche und umfassende Verhandlung über das neu eingeführte Strafverfahren beginnen soll, wird der innige Wunsch beigefügt, daß, um die wahre und allein gültige öffentliche Meinung über das neue Verfahren festzustellen, es außerordentlich bedeutungsvoll wäre, wenn alle angeseheneren Juristen, denen guter Wille so wenig als ein fähiges Urtheil abgesprochen werden darf, einzeln kurz nach und nach ihre Stimme darüber hier oder in einem beliebigen öffentlichen Blatte abgeben würden. Ein derartiges Abstimmen über die Vortheile oder Nachtheile, die Beibehaltung oder Nichtbeibehaltung des Geschwornengerichtes wird gerade den Vertheidigern des letztern sehr willkommen sein, da es gewiß auch ein Wahrspruch des gesunden Verstandes und des unbestochenen Urtheiles genannt werden muß und solche Wahrsprüche sie allein wollen. Die Juristen oder überhaupt die Sachverständigen werden auch den Muth haben, nicht bloß in Privatgesprächen

ihren Tadel und ihren Aerger über die neuen Einrichtungen auszusprechen, sondern vor dem ganzen Volke ihre Ansicht und Ueberzeugung zu bekennen und als Männer dazu zu stehen. Hätten die sachverständigen Leute, besonders die betreffenden Mitglieder des Großen Rathes, anstatt kleinmüthig zu schweigen, stets in dieser Sache offener und mehr gesprochen und gekämpft, das Geschwornengericht wäre sicherlich niemals eingeführt worden.

I. Das neue Verfahren ist niemals ein Volkswunsch und ein Bedürfniß des Rechtslebens gewesen.

Es darf als eine **unwiderlegbare** Behauptung aufgestellt werden, daß der Canton Zürich das in allen Richtungen so tief eingreifende und umgestaltende Institut der Geschwornen erhalten habe, ohne daß das Volk oder auch nur ein etwas größerer Theil desselben jemals ein Verlangen darnach gefühlt und ausgesprochen, ja die oberflächlichste Kenntniß davon besessen hätte. Für den aufmerksamen Beobachter des Staats- und Völkerlebens ist es höchst belehrend, auch hier wieder zu erkennen, welches arge Spiel nicht selten mit den sog. Volkswünschen und dem Volkswillen getrieben werde, indem das Volk, welches in der Wirklichkeit die Sache weder will noch kennt, bloß seinen Namen und seine Kraft zu Dem leihen muß, was die Laune und der Befehl einiger wenigen Führer und Herren desselben ist Wenn auch unter dem Volke über das frühere Strafverfahren mannigfach geklagt worden ist, betrafen diese Klagen doch nur untergeordnete Punkte und dehnten sich daher auch zu keiner Zeit, am wenigsten als allgemeinere Klagen, dahin aus, daß das bestehende Verfahren in seinen Grundformen geändert werden solle; man forderte verschiedene Verbesserungen des bisherigen Verfahrens, jedoch keineswegs ein ganz neues Verfahren. Von andern Ursachen abgesehen, wurde ein neues Strafverfahren, das Geschwornengericht, schon deßhalb von dem Volke nicht verlangt, weil es davon kaum den

Namen kannte (und kennt), geschweige denn eine solche Kenntniß desselben besaß, um mit **Ueberlegung** und **Verstand** bei dem Großen Rathe den Antrag auf seine Einführung stellen zu können. **Nicht eine einzige** Petition an den Großen Rath, hervorgegangen aus dem Volke, z. B. also eine solche einer Volksversammlung, einer Gemeinde, oder auch nur eines Gemeinderathes, kann man aufzählen, worin während der letzten zehn oder fünfzehn Jahre um Einführung des Geschwornengerichtes, zumal unter Anführung von Gründen, gebeten worden wäre; nicht einmal in den öffentlichen Blättern, die radikalsten nicht ausgenommen, wurden besondere Wünsche nach dem Geschwornengerichte oder auch nur, was noch mehr zu beachten, besondere Klagen über die bestehenden Strafgerichte geäußert. **Und dennoch wurden plötzlich unter dem Titel des Volkswunsches die alten Gerichte abgeschafft und das von nur sehr Wenigen gekannte und gewollte Geschwornengericht eingeführt!** Indessen läßt sich auch diese scheinbar räthselhafte Einführung des Geschwornengerichtes in dem Cantone Zürich sehr leicht und einfach erklären. Einige einflußreiche Männer der jetzt unbedingt herrschenden Partei, die mit Namen angeführt werden könnten, hatten theils aus kurzer Anschauung, theils und noch mehr aus Büchern das Geschwornenverfahren, besonders wie dasselbe in England besteht, liebgewonnen und sprachen zuerst den Gedanken aus, daß dieses auch in dem Cantone Zürich aufgenommen werden sollte. Der Gedanke wurde in dem Gesetze betreffend die Organisation der Rechtspflege vom 29. Herbstmonat 1852 und in dem Gesetze betreffend das Strafverfahren vom 30. Herbstmonat 1852 überraschend schnell und widerstandslos zur That. Eine auch nur entfernt kräftige Opposition gibt es im Großen Rathe so wenig als im Lande; sie konnte also den im Strafverfahren beabsichtigten Neuerungen nicht entgegentreten, würde durch Widerstand dieselben eher gefördert haben, und schwieg nun kluger Weise zu Dem, was sie doch nicht zu hindern vermochte. Die große Masse der Regierungspartei, Herrschende und Ge-

horchende, obwohl sie keinerlei klare und bestimmte Vorstellungen über das Vorzunehmende hatte, nahm dessenungeachtet das Geschwornengericht willig auf, weil einmal dazu von einigen Führern das Losungswort gegeben war, — weil es gleichsam zu den liberalen Zehngeboten gehört, daß ein freies Land Geschwornengerichte besitzen müsse, und kein sogenannter Liberaler den ungeheuren Vorwurf auf sich laden wollte, illiberal oder weniger liberal als seine Führer zu sein. Der Schlüssel zur möglichen Einführung des Geschwornenverfahrens in dem Cantone Zürich liegt vollständig darin, daß von keiner Seite, welche Ansichten man auch immer hegen mochte, dagegen geredet werden wollte; sobald es dahin gekommen sein wird, daß das ganze Volk, daß Alle ohne Furcht ihre innigste Ueberzeugung aussprechen und darnach handeln dürfen, wird das Geschwornengericht in einem andern Lichte und auf einem andern Boden erscheinen. Schon jetzt fangen auf beiden Seiten Manche zu reden an, die früher es nie gewagt haben; auch weiß man insofern jetzt erst zu reden, als man zuvor sehen und lernen mußte, was unter einem Schwurgerichte zu verstehen sei. Wie wenig das Schwurgericht aus dem Volke hervorgegangen, wie unmöglich dasselbe ein organisches Erzeugniß oder nothwendiges Ergebniß des Volks- und Rechtslebens sein könne, wird für Jeden, der je mit Rechtsgeschichte sich befaßt und über die Bildung des Rechtes gedacht, schlagend dadurch erwiesen, daß bis zur Erlassung der zwei neuen, oben genannten Gesetze im Cantone Zürich nicht nur alle auf das Schwurgericht bezüglichen Einrichtungen, sondern alle dießfälligen Begriffe gefehlt haben und nur den Gesetzen nachfolgend und sie unterstützend man in einem Commentare, Leitfaden oder auf sonstige ähnliche Weise dieselben dem Volke begreiflich zu machen **versucht hat**. Wenn man die neuern Lehren, z. B. von Beseler[1]), über den Begriff und die Erfordernisse des Volks-

[1]) Volks- und Juristenrecht, Leipzig 1843, — und System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I, Leipzig 1847, § 29 fgde.

rechtes, als des von dem Volke unmittelbar erzeugten Rechtes, — als des aus dem Rechtsbewußtsein und der Rechtsübung des Volkes hervorgegangenen und hervorgehenden Rechtes auch nur annähernd kennt und anerkennt, wird man das Geschwornengericht in dem Cantone Zürich nicht als Volksrecht auffassen, sondern zugeben, daß es das bloße Werk der Gesetzgebung sei. Es ist von großer Wichtigkeit, diesen Ursprung des Geschwornenverfahrens in dem Cantone Zürich sich recht klar zu machen und niemals zu vergessen. In dem bisherigen geistigen Leben des Volkes, in einem alle Glieder des Volkes gleichmäßig durchdringenden und erfüllenden Bewußtsein, in den bestehenden Sitten und Lebensverhältnissen des Volkes gleich einem Gebrauche und Herkommen [1]) wurzelt das Geschwornenverfahren hier entschieden nicht, sondern es ist durch die Gesetzgebung **von Außen her** auf Kosten der vorhandenen Einrichtungen in das Land geholt und gebracht worden, so daß das Volk das Geschwornenverfahren erst neu in sein Bewußtsein aufzunehmen, sich in dasselbe nunmehr hineinzudenken und hineinzuleben hat durch Ablegung und Umgestaltung der hergebrachten Rechtsanschauungen, Rechtsübungen und Einrichtungen. Wird daher das neue Gesetzgebungswerk in seinem Werthe bezweifelt und angefochten, tritt man dadurch nicht etwa volksthümlichen Einrichtungen, dem Volkswillen und Volksbewußtsein, dem Volksrechte entgegen, vertheidigt vielmehr in der That und Wahrheit dieselben gegen den Willen und die Absichten der Einzelnen oder Wenigen, von welchen die neuen Gesetze verfaßt und zur Annahme gebracht worden sind. Die Begriffsverwirrung und die lügenhafte Sprache der Zeit hat es aber dahin verkehrt, daß das Zerstören alles Herkömmlichen oder Volksthümlichen

---

[1]) Stahl, die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, Bd. II (Heidelberg 1833), S. 142, sagt außerordentlich wahr: „Gebrauch und Herkommen gehen von der Nation im Ganzen aus; denn sie sind Folge nur eines geistigen Lebens, eines Bewußtseyns, das zugleich in allen sich findet und wirksam ist."

durch willkürliche Gesetze als ein Schaffen des Volksrechtes angesehen und genannt wird; das Volk, welches nur den Winken oder Gesetzen einiger Wenigen gehorcht, befiehlt oder herrscht wohl nicht selbst? Wäre die Sache nicht zu ernst, man müßte lachen, wenn man **diese Gesetzgeber** und nur sie dann, wieder, z. B. in Toasten oder unterthänigen Zeitungen, es rühmen hört, wie vortrefflich die neuen Gesetze sich bewähren und wie dieselben immer tiefere Wurzeln schlagen; kann eine so umfassende und wichtige ganz neue Einrichtung in drei oder sechs Monaten oder selbst Jahren sich bewährt und Wurzeln *geschlagen* haben? Dennoch werden solche widersinnige und eigenlobige Behauptungen dem sogenannten gesunden Menschenverstande täglich vorgetragen und von ihm im allerdings vollkommensten Unverstande geglaubt! Es ist gewiß an der Zeit, den leeren Worten und blendenden Phrasen durch eine ernstliche und umfassende Untersuchung, ob und in wie weit die neuen Gesetze nothwendig und zweckmäßig seien, eine Schranke zu setzen, selbst auf die Gefahr hin, den Zorn der irdischen Götter zu erregen.

Die Klagen, welche über das frühere Verfahren entweder wirklich geführt worden sind oder geführt werden konnten, möchten sich auf folgende Hauptpunkte zurückführen lassen.

1. Die geschriebenen Untersuchungen, besonders des Cantonalverhöramtes, wurden stets ausgedehnter und deßhalb natürlich auch länger andauernd.

Zur gerechten Würdigung dieser Klage muß man genau unterscheiden das Verschulden der Personen oder Untersuchungsrichter von demjenigen der Formen oder des Verfahrens an sich. Hätten die Bezirksgerichte, und zumal das Cantonalverhöramt, immer wissenschaftlich gebildete und praktisch erfahrene Verhörrichter gehabt, würden die Mängel des schriftlichen Verfahrens kaum jemals in größerm Umfange sich fühlbar gemacht haben. Ein sehr großer, nach den einmal bestehenden Verhältnissen freilich kaum vollständig zu beseitigender Uebelstand war es, daß

die Untersuchungs- oder Verhörrichterstellen theils aus Mangel an tüchtigen Leuten, theils und noch mehr wegen der überaus schlechten Bezahlung nicht gehörig besetzt werden konnten, während es bei jedem Verfahren (am meisten aber bei dem Geschwornenverfahren) die Hauptsache ist, daß die Untersuchung geschickten und thätigen Händen anvertrauet sei. Bei den Bezirksgerichten leiteten zum Theil ganz junge, jeder Bildung entbehrende Schreiber unter dem Namen des betreffenden Bezirksrichters hauptsächlich die Untersuchung, und jedenfalls hatten sie die Verhöre zu protocolliren. Das Cantonalverhöramt war zum größten Bedauern aller Einsichtigen so herabgesunken, daß bei ihm eine Masse junger Leute, mehr oder weniger ohne Kenntniß und Charakter, durch Führung von Untersuchungen ihre ersten praktischen Versuche an dem Rechte und der Freiheit ihrer Mitbürger machten. Von solchen Untersuchungsrichtern konnte man keine durchdachte, klare und zusammengedrängte Untersuchungen erwarten; dieselben mußten weitläufig, ungeordnet und planlos sein, so daß es oft eine wahre Pein war, sie nur zu lesen. Ungerechtfertigte und allzu lange Verhaftungen gehörten als etwas Gewöhnliches mit in derartige Untersuchungen. Statt nun sowohl bei den Bezirksgerichten als auch bei dem Cantonalverhöramte darauf Bedacht zu nehmen, gegen bessere Besoldung, achtungsvollere Stellung u. s. f. auch bessere Untersuchungsrichter sich zu verschaffen, hat man durch die Aufhebung des Cantonalverhöramtes das Uebel nur noch ärger und unheilbarer gemacht. Der § 113 des Gesetzes betreffend die Organisation der Rechtspflege, welcher verordnet: „In den an das Schwurgericht gehörenden Straffachen überträgt die Anklagecommission des Obergerichtes die Voruntersuchung dem Präsidenten oder einem Mitgliede des Bezirksgerichtes, in dessen Amtskreise das Verbrechen verübt worden ist, oder ausnahmsweise einem Mitgliede der Anklagecommission selbst“, ist in aller und jeder Hinsicht zu verwerfen und wird schon in der nächsten Zukunft sicher fallen, indem das Cantonalverhöramt, d. h. bleibende Untersuchungsrichter für die an das Schwurgericht gehörenden Straf-

sachen, im Wesentlichen unter allen Umständen wieder hergestellt werden müssen. Ein Cantontalverhöramt, oder mehrere für eine Reihe von Jahren **vom Großen Rathe** erwählte und nach Ablauf ihrer Amtsdauer wieder wählbare, **gehörig zu besoldende** Untersuchungsrichter **mit dem unveränderlichen Amtssitze in Zürich**, bieten gegenüber dem mitgetheilten § 113 folgende Vortheile unverkennbar dar:

A. Es kann und wird gebildete und erfahrene Untersuchungsrichter geben. Man muß die so schwere gerichtliche Untersuchungskunde oder Untersuchungskunst [1]) von Seiten der Verfasser der neuen Gesetze als etwas unendlich Leichtes betrachtet haben, daß man sie den Cantonalverhörrichtern, welche doch stets noch einige juristische Bildung und Erfahrung besaßen und besitzen mußten, hinwegnehmen und an einen beliebigen Bezirksgerichtspräsidenten oder Bezirksrichter, die auf dem Lande selten auch nur dürftige Rechtskenntnisse besitzen und durchaus nicht besitzen müssen, übertragen durfte. Der § 113 wäre nur dann am Platze, wenn man alle Strafrechtswissenschaft verbannen und unmöglich machen wollte, was den Gesetzgebern gewiß fern lag. Untersuchen kann nicht ein Jeder; es bedarf dazu eines gebildeten und erfahrnen Juristen, welchen der Große Rath sorgfältig auswählen und dagegen auch angemessen besolden soll. Geizet hier der Staat nicht unkluger Weise mit der Besoldung, wird ihm stets eine Anzahl achtbarer Juristen zur Auswahl bereit stehen, welche sich zum Untersuchungsrichter noch besonders herangebildet und vorbereitet haben, eben in der Absicht und in der Hoffnung, als solche angestellt zu werden. Uebrigens nicht bloß deßhalb soll es Cantonalverhörrichter geben, weil eigentliche Juristen (Kenntnisse) zum Untersuchen erforderlich sind, während man Bezirksgerichtspräsident und gar Bezirksrichter ist und sein wird, ohne

[1]) Vgl. nur z. B. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. 2 Bände, Frankfurt a. M. 1838 u. 1841.

Jurist oder gebildet zu sein, — sondern eben so sehr, wenn nicht noch mehr aus dem Grunde, weil nur ein fortwährend und ausschließlich mit Untersuchen sich beschäftigender Mann, also ein bleibender reiner oder bloßer Untersuchungsrichter, auch die nöthigen Erfahrungen zu sammeln im Stande ist. Die Schüleruntersuchungen, d. h. die Untersuchungen, in denen und an denen der sog. Untersuchungsrichter das Untersuchen erst erlernt und erlernen muß, wie in den letzten Zeiten des Cantonalverhöramtes, weil bei ihm so viele junge Menschen sich versuchten, sie nur zu häufig vorkamen, werden die Regel, wenn grundsätzlich ein fortwährender Wechsel der Untersuchungsrichter stattfindet und unter den siebenundfünfzig Bezirksgerichtspräsidenten und Bezirksrichtern, welche der Canton Zürich in eilf Bezirksgerichten im Ganzen zählt, heute dieser und morgen jener zur Führung einer Untersuchung beauftragt werden soll Wendet man vielleicht ein, die Anklagecommission des Obergerichtes werde die gebildeteren und erfahrnen Bezirksgerichtspräsidenten und Bezirksrichter zu Untersuchungsrichtern schon auszuwählen wissen und in besonders wichtigen Fällen aus seiner eigenen Mitte den Untersuchungsrichter bestellen, wird dadurch nur unsere Behauptung von der Nothwendigkeit eines Cantonalverhöramtes bestätigt. Wenn die Anklagecommission bei ihrer Wahl Bildung und Erfahrung berücksichtigen soll und in den wichtigern Fällen den Mann der nöthigen Bildung und Erfahrung nur im eigenen Kreise finden kann, ist es doch wohl consequenter und zweckmäßiger, einen oder mehrere gebildete Männer ein für alle Mal als Untersuchungsrichter zu bestellen, wenn nicht die Anklagecommission vielleicht die Ausnahme zur Regel machen und die Mehrzahl der Untersuchungen selbst führen will, durch welchen letztern Ausweg man aber auch nur unter einem andern Namen oder in einer andern Gestalt ein Cantonalverhöramt wieder erhalten würde. Dabei darf man nicht aus dem Auge verlieren, daß eine Unterscheidung zwischen mehr oder weniger wichtigen Fällen hier insofern unzulässig ist, als darin ja alle Fälle gesetzlich gleich wichtig

sind, daß es allein um die an das Schwurgericht gehörenden Straffachen, um die schwerern Verbrechen sich handelt. Ebenso ist es ein nicht zu lösender Widerspruch, daß man die frühern Untersuchungen der Bezirksgerichte über die in ihre Competenz gefallenen Vergehen als in vielen Beziehungen mangelhaft tadelte und nun ihnen noch dazu die Untersuchungen über die an das Schwurgericht gehörenden Strafsachen übergeben will, vermuthlich deßhalb, weil sie nicht einmal die leichtern Untersuchungen zu führen verstanden.

Fragt man nach der Veranlassung zu den so unzweifelhaft unzweckmäßigen Bestimmungen des erörterten § 113, kann dieselbe eine doppelte sein. In kleinern Staaten, wie der Canton Zürich, sind die neuen Gesetze sehr oft nur persönliche, d. h. werden erlassen, damit gewisse Personen kommen und glänzen können, oder andere gehen und aufhören müssen. So könnte auch das Cantonalverhöramt einstweilen aufgegeben worden sein, um die damaligen Cantonalverhörrichter, welche man nicht mehr wollte, auf schickliche Art los zu werden. Sodann durfte das neue Verfahren, um bei dem Volke auf keinen Widerstand zu stoßen, wenigstens nicht mehr als das alte kosten, wozu als eines der Mittel auch die Abschaffung der besoldeten Cantonalverhörrichter erscheinen mochte. Doch auch hierin möchte man, wie in manchen andern Dingen, sich verrechnet haben, daß die Bezirksgerichte die Cantonaluntersuchungen (wie man der Kürze wegen sich ausdrücken dürfte) unentgeltlich führen. Bei der geringen Besoldung, welche die Bezirksrichter jetzt haben, kann ihnen ohne die höchste Unbilligkeit nicht zugemuthet werden, fortwährend derlei Untersuchungen ohne weitere Entschädigung zu übernehmen, zumal wenn man öfters ihre Dienste ansprechen sollte, wie dieses z. B. dermalen bei dem Herrn Bezirksrichter Rieder in Zürich geschieht. Man wird mithin früher oder später sich entschließen müssen, den untersuchenden Bezirksgerichtspräsidenten oder Bezirksrichtern eine außerordentliche Entschädigung zu bewilligen; nimmt

man aber diese Entschädigungen zusammen, werden sie besser zur Besoldung beständiger tüchtiger Untersuchungsrichter verwandt. Da hier übrigens der Kosten der neuen Einrichtungen gedacht worden ist, mag des Zusammenhangs wegen zugleich noch auf eine andere Täuschung aufmerksam gemacht werden, wodurch die geringere Kostspieligkeit der neuen Einrichtungen erzielt wird. Bei dem alten Verfahren untersuchte man, was man zu untersuchen hatte; nunmehr wird eine Reihe von Untersuchungen bloß zur Ersparung der Kosten nicht an Hand genommen oder niedergeschlagen, was schon die Criminalstatistik oder die Vergleichung der in dem Jahre 1853 geführten Vor- und Hauptuntersuchungen mit denjenigen der vorgehenden Jahre ergeben muß, auch ohnehin Niemand widersprechen wird, welcher mit dem wirklichen Gange der Verhältnisse bekannt ist. Die ökonomische Frage, welche also an das neue Verfahren gerichtet werden muß, ist keineswegs die, ob es nicht mehr als das alte gekostet habe, sondern einzig diese, ob das neue Verfahren bei denselben Kosten wenigstens das Gleiche geleistet habe, was das alte. Obwohl in dieser Beziehung noch keine bestimmten Berichte zur Vergleichung vorliegen, darf doch die Vermuthung ausgesprochen werden, daß im alten Verfahren mit den nämlichen Kosten mindestens die doppelte Zahl von Untersuchungen durchgeführt und beurtheilt worden seien. Die Mängel des neuen Verfahrens konnten nach der Kürze der Zeit von dem Volke noch nicht tief empfunden und deßhalb auch nicht beklagt werden; eine der ersten Klagen über dieses Verfahren wird und muß aber die sein, daß man es nur höchst selten mehr zu einer Untersuchung zu bringen vermöge. Im Großen Rathe soll bei Gelegenheit der Behandlung der neuen Gesetze ein Redner (der Staatsanwalt) gesagt haben, er stehe dafür ein, daß das neue Verfahren keine größeren Kosten dem Staate verursachen werde als das bisherige; in ähnlicher Weise, wenn nämlich Alles ununtersucht und unbeurtheilt gelassen werden soll, könnte man dafür einstehen, daß das neue Verfahren den großen Vorzug an sich tragen werde, Nichts zu kosten.

B. Die Untersuchungen können besser beaufsichtigt und mehr beschleunigt werden. Es ist einleuchtend, daß es die Beaufsichtigung und die Beförderung der Untersuchungen ungemein erleichterte, daß früher die verschiedenen Cantonalverhörrichter in einem und demselben Gebäude zu Zürich unter den Augen des Criminalgerichtes, ihrer unmittelbaren Aufsichtsbehörde, und in ununterbrochenem Verkehre mit demselben, mit der Criminal- und Obergerichtskanzlei, mit der Staatsanwaltschaft, den verschiedenen Regierungskanzleien, den Anwälten u. s. f. untersuchten, während eine solche Beaufsichtigung der Untersuchungen unmöglich ist und dieselben sich nothwendig außerordentlich verzögern müssen, wenn sie an den eilf Bezirkshauptorten durch den Bezirksgerichtspräsidenten oder einen ihn vertretenden Bezirksrichter geführt werden sollen. Alle Gründe, die vorgebracht worden sind oder vorgebracht werden können, um die Vereinigung (Centralisation) dieses oder jenes Zweiges der Staatsverwaltung und Staatseinrichtungen an einem und demselben Orte zu rechtfertigen, sprechen mit verstärktem Gewichte dafür, daß der Canton Zürich bei einer Bevölkerung von nur 250,000 Einwohnern und einem Umfange von nur 32 Quadratmeilen seine Criminaluntersuchungsbehörden und seine Criminaluntersuchungsanstalten an einem einzigen Orte vereinige, weil nach seinen Kräften an Menschen und an Geld er schon genug geleistet hat, wenn er die Criminaluntersuchungsbehörden und Anstalten einfach oder ein Mal tüchtig besetzt und eingerichtet hat, unmöglich aber dieses drei- oder vierfach oder gar noch mehrere Mal zu thun vermag. Die neue Gesetzgebung, stets von dem Bestreben geleitet, ihr Kosten verbergen und scheinbar geringer darstellen zu müssen, hat das eine frühere Cantonalverhöramt nicht deßhalb gleichsam in eilf bezirksgerichtliche Verhörämter zertheilt oder zerrissen, damit besser und schneller untersucht werde, sondern deßhalb, damit anstatt des ganzen Cantons die Bezirke einen Theil der Untersuchungskosten tragen müssen. Dieses Bestreben mit dem daraus hervorgegangenen Gesetze ist aber ein so eiteles als

verderbliches. Zunächst täuscht man sich und Andere auf eine kaum erlaubte Weise, wenn man glaubt und glauben machen will, es koste den Canton eine Einrichtung weniger, sobald man dieselbe theilweise den eilf Bezirken oder doch Bezirkshauptorten aufbürde; überall wird das Geld aus der Tasche des Volkes genommen, und dieses allein ist der Zahlende, ob nun an die Staatskasse oder in der verschiedenartigsten und unmerkbarsten Gestalt in dem Bezirke bezahlt werden muß. Welch ein wirklicher Unterschied besteht denn zwischen dem zahlenden Canton Zürich und den zahlenden eilf Bezirken des Cantons Zürich? Der redliche Menschenverstand könnte auf diese Frage nur antworten, daß, wenn die eilf Bezirke bezahlen, der Canton es nicht bemerke, daß und wie er bezahle!!! Indessen es kostet den Canton nicht bloß die gleiche Summe, wenn dieselbe verdeckt auf eilf Wegen anstatt auf einem bezogen wird, sondern noch eine weit größere, mit welcher jedoch trotzdem das sonst Mögliche nicht entfernt erreicht wird. Ohne besondere Anstrengung könnte der Canton Zürich ein Untersuchungsgefängniß mit den nöthigen Räumen für die Untersuchungsbeamten erbauen, das allen Anforderungen entsprechen würde, welche im Interesse einerseits der untersuchenden und strafenden Gerechtigkeit, anderseits der Freiheit und des Wohles der Staatsbürger zu stellen wären. Nun müssen eilf Gerichtshäuser, resp. Verhaftsanstalten, neu aufgeführt werden, welche unendlich mehr Ausgaben verursachen, als ein einziges, noch so ausgedachtes und vollkommenes Untersuchungsgefängniß jemals verursacht hätte, und die dabei alle eilf mehr oder weniger untauglich sind! Allein eilf Untersuchungsanstalten erfordern im Vergleichung zu den Kosten einer solchen Anstalt nicht bloß für die erste Anlage weit mehr, sondern vorzüglich auch für deren Verwaltung und Unterhaltung. Jeder erfahrne Untersuchungsrichter weiß, wie sehr die Sicherheit und das Gelingen einer Untersuchung bedingt ist durch die strenge und umsichtige Pflichterfüllung der untern und untersten Gefängnißangestellten, z. B. bei der körperlichen Untersuchung der neu

eingebrachten Verhafteten, bei der täglichen Beobachtung der Gefangenen, bei der Verhütung von Collusionen u. s. w., und man dürfte daher zufrieden sein, für ein Untersuchungsgefängniß in dem Cantone die unentbehrlichen Unterangestellten sammt Verwalter oder Oberaufseher zusammengebracht zu haben. Für eilf Untersuchungsgefängnisse in dem Canton Zürich taugliche Verwalter und Diener zu finden, darf für unwahrscheinlich halten, wer die Geschichte des hiesigen Zuchthauses und Zuchthausdirectors während der letzten zehn Jahre nur einigermaßen kennen gelernt hat, und dieser wird auch zugeben, daß auf dem Lande eine wichtigere Untersuchung schon aus dem Grunde kaum geführt werden könne, weil Bestechungen, Collusionen, Entweichungen u. s. w. nicht zu verhüten, d. h. viel schwerer zu verhüten wären, als in der Stadt.

Wie ferner die Erscheinungen in der Staatenwelt dem in ihnen selbst liegenden Gesetze der Nothwendigkeit oder Naturgemäßheit folgen und der Gesetzgeber sich dem Entwicklungsgange dieses Gesetzes dauernd nicht entgegenstellen kann, haben die Verhältnisse, welche die Stadt Zürich zum Mittelpunkte der Criminaluntersuchungseinrichtungen des ganzen Cantons von selbst machen, sich in ihrer Macht und Wirksamkeit gegen das neue Gesetz alsbald dadurch bewährt, daß sie zuletzt doch mehr oder weniger die Untersuchungen gleichsam wieder an sich gezogen oder zurückgehalten haben, die man von ihrem natürlichen Standpunkte hinwegnehmen und willkürlich nach einem andern Orte verlegen wollte. Sollte z. B., wie es vorgekommen ist, eine Untersuchung dem Bezirksgerichtspräsidenten zu Meilen übergeben werden, war aber dieser und das bezirksgerichtliche Verhöramt zu Meilen augenblicklich anderweitig allzu sehr beschäftigt, daß sie die fragliche Untersuchung nicht mehr übernehmen konnten, blieb nichts übrig, als dieselbe zuletzt wieder dem bezirksgerichtlichen Verhöramte in Zürich zu übertragen, weßhalb dieses in der That und Wahrheit die Stelle des frühern Cantonalverhöramtes allmälig, nothgezwungen und so weit thunlich, eingenommen hat und stets mehr einnehmen wird. Bis aber eine solche Untersuchung, die nach Meilen

gebracht werden sollte, endlich bei dem Verhöramte in Zürich eingetroffen ist, geht nicht allein viele Zeit, vielleicht die wichtigste Zeit verloren, sondern noch eine Reihe anderer Uebelstände treten ein. Der Anwalt des Damnificaten oder derjenige des Angeschuldigten haben etwa mit Beziehung auf die Untersuchung dringende Begehren zu stellen und übermachen dieselben demjenigen Bezirksgerichtspräsidenten, welcher ihnen auf der Obergerichtskanzlei als von der Anklagecommission des Obergerichtes mit der Führung der Untersuchung beauftragt bezeichnet worden ist: allein die Begehren bleiben entweder ganz unberücksichtigt liegen oder gelangen nach erlassenen Mahnungen mit dem Bemerken zurück, man habe sich an das Verhöramt in Zürich, wohin inzwischen die Untersuchung abgegeben worden sei, zu wenden. Auf diese Weise kann und ist es geschehen, daß z. B. ein wegen bloßer Diebstalsbegünstigung Verhafteter einige Wochen länger im Untersuchungsverhafte verbleiben, oder seinen durch die Untersuchungsbehörden einstweilen geschlossenen Kaufladen die gleiche Zeit hindurch weiter verschlossen lassen muß u. s. w., weil sein Anwalt oder seine Familie nicht den Untersuchungsrichter aufzufinden im Stande sind, der die Größe der für den Verhafteten zu bestellenden Bürgschaft bestimme, den hinweggenommenen Ladenschlüssel zurückgebe u. s. w. Für die Ehefrauen, die Söhne und andere Anverwandten der Verhafteten, welche vom Lande nach der Stadt kommen, um mit ihrem verhafteten Gatten, Vater oder Anverwandten nothwendige Rücksprache zu nehmen, ist es eben deßhalb unter allen Umständen eine mühevolle Aufgabe, den Beamten zu erfragen und zu treffen, welcher die zu einer Unterredung erforderliche Erlaubniß ertheilen könne. Früher konnte man in allen solchen Fällen sich einfach in das Gebäude des Cantonalverhöramtes zu Zürich begeben, und war sicher, wenn nicht den betreffenden Verhörrichter, doch wenigstens einen Verhörrichter zu treffen, welcher Auskunft gab und im Nothfalle auch verfügte.

Die gerügten Uebelstände sind übrigens mit der Gesetzesvorschrift, daß der Regel nach die Voruntersuchung in dem Bezirke geführt wer-

den soll, in welchem das Verbrechen begangen worden, im Wesentlichen unzertrennlich verbunden, und machen sich keineswegs erst dann geltend, wenn ausnahmsweise von dem Präsidenten und den Mitgliedern jenes Bezirksgerichtes die Untersuchung nicht übernommen werden kann und will. Die an den Hauptorten der Bezirke, anstatt in der Stadt Zürich durch ein Kantonalverhöramt, geführten Untersuchungen müssen unausweichlich länger dauern und an sich kostspieliger werden, weil schon die Mittheilung des Uebertragungsbeschlusses der Anklagecommission des Obergerichtes an den Bezirksgerichtspräsidenten oder das betreffende Mitglied des Bezirksgerichtes regelmäßig einige Tage mehr erfordern wird, zumal wenn die Beauftragten, wie es nur zu oft der Fall ist, nicht einmal im Bezirkshauptorte wohnen, — weil der in den meisten Fällen zuerst nach Zürich in Verhaft abgelieferte Angeschuldigte nunmehr wieder nach dem Bezirkshauptorte zur Untersuchung und dann nach geschlossener Untersuchung von dem Bezirkshauptorte zurück nach Zürich und, wenn die Sitzung des Schwurgerichtes in Winterthur (oder Pfäffikon?) abgehalten wird, von Zürich nach Winterthur zu führen ist, um von dem letztern Orte endlich zum bleibenden Aufenthalt in die Strafanstalt zu Zürich zurückzukehren, — weil manche Actenstücke, z. B. Abschriften früher über den Angeschuldigten ergangener Urtheile, Auszüge aus den Brandassecuranzregistern, vielleicht selbst Experten und Expertenberichte von Zürich nach dem Bezirkshauptorte u. s. f. beschickt werden müssen, um dann wieder nach Zürich mit den gesammten Untersuchungsacten zu gehen, — weil (und dieses ist die Hauptsache) die bezirksgerichtlichen Verhörrichter auf dem Lande bei ihrer geringen jetzigen Besoldung von einigen hundert Franken und bei ihren sonstigen häuslichen oder Berufsverhältnissen als Landwirthe, Fabrikanten, Notare u. s. w. unmöglich das Untersuchen zu ihrer hauptsächlichen oder gar ausschließlichen Beschäftigung machen können, sondern das ganze Richteramt, also auch das Untersuchen, für sie nur ein Nebengeschäft ist, das im Ganzen bloß nach Zeit und Gelegenheit und deßhalb begreiflich

nicht allzu schnell besorgt wird, — weil die Staatsanwaltschaft, welche nach dem Geiste des neuen Verfahrens und nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 8 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren [1] die Untersuchung oder Anklage recht eigentlich leiten soll und nur in Zürich wohnt, dadurch von dem Untersuchungsrichter zum nothwendigen und großen Nachtheil der Untersuchung getrennt wird und beide nur noch schriftlich mit einander verkehren können oder zu einander reisen müssen, — weil endlich, was die Kehrseite des unmittelbar Vorberührten ist, dadurch dem Angeschuldigten das ihm nach § 64 des genannten Gesetzes zustehende Recht der freien Berathung mit seinem (in der Mehrzahl der Fälle zu Zürich befindlichen) Vertheidiger geschmälert wird [2].

---

[1]) Der Paragraph lautet: „Der Beamtete, dem nach § 7 die Führung der Anklage im Hauptverfahren obliegt, kann (d. h. soll, sobald es als nothwendig erscheint) während der Voruntersuchung allen Verhandlungen beiwohnen und fortwährend von allen Acten Einsicht nehmen, auch geeignete Anträge stellen, auf welche richterliche Verfügung oder Schlußnahme folgen muß. — Im Hauptverfahren hat er alle einer Proceßpartei zustehenden Rechte und Pflichten."

[2]) Jener § 64 sagt: „Der Verhaftete darf sich auch während der Untersuchung einen Vertheidiger wählen, und **mit Erlaubniß des Gerichtes** sich mit demselben frei und unbeaufsichtigt berathen. Sobald der Verhaft über vierzehn Tage gedauert hat, soll ihm diese Erlaubniß ohne besondere Gründe nicht verweigert werden." — Schon bei dieser Gelegenheit mag übrigens, namentlich auch zur besondern Beachtung aller im Kantone Zürich vor Schwurgericht vertheidigenden Anwälte, bemerkt werden, daß die Auslegung und Anwendung des Paragraphen für eine wahre und wirksame Vertheidigung von der höchsten Wichtigkeit sei. Wenn zwischen der Anklage und der Vertheidigung, wie wenigstens in einem Freistaate nicht anders erwartet und jedenfalls gefordert werden kann, Gleichheit der Rechte bestehen soll, muß sich von dem ersten Augenblicke der Untersuchung, resp. Verhaftung an der Angeschuldigte einen Vertheidiger wählen, mit ihm **ohne** alle Erlaubniß des Gerichtes (des Unter-

Nach den bisherigen Ausführungen hatte die erste Klage über das bestehende Verfahren keineswegs den Sinn oder die Ausdehnung, daß das Kantonalverhöramt mit seinem festen Amtssitze in Zürich aufgehoben werden solle, indem dasselbe im Gegentheil ganz unentbehrlich ist und daher auch für den Fall wieder hergestellt werden muß, daß das neue Strafverfahren in seinen sonstigen Theilen beibehalten werden sollte. Den Mißgriff der versuchten Aufhebung des Kantonalverhöramtes und den ganz verwandten Mißgriff der Errichtung dreier abwechselnden Sitze des Geschwornengerichtes zu Zürich, Winterthur und Pfäffikon [1]) würde man schon dann vermieden haben, wenn man bei Uebertragung der englischen Einrichtungen auch nur einigermaßen der so verschiedenen Bevölkerungs- und Raumverhältnisse sich erinnert hätte. Der kleine

suchungsrichters) sich berathen und der Vertheidiger ebenso wie der Staatsanwalt nach § 8 allen Verhandlungen beiwohnen, die Acten einsehen und seine zu berücksichtigenden Anträge stellen können. Die Criminalabtheilung des Obergerichtes ist leider dieser höhern Gesetzesauffassung nicht zugethan und nur per fas et nefas darf ein Vertheidiger die Voruntersuchungsacten lesen, niemals aber konnte er bisher bei einer Verhandlung anwesend sein; die meisten Vertheidiger haben das Letztere in Angewöhnung und Erinnerung an das Alte wohl nicht einmal zu verlangen gewagt. Von welcher Bedeutung für die Vertheidigung ist es nicht, wenn das Verfahren einmal öffentlich sein soll, daß unter allen Umständen der Vertheidiger z. B. bei Mord der Untersuchung und Oeffnung des Leichnams, bei Vergiftungen der Untersuchung des Magens und der übrigen Eingeweide, bei Hausuntersuchungen, bei der Erhebung von Expertisen u. s. w., beiwohne, seine allfällige Anerkennung und weitern Bemerkungen ausspreche.

[1]) § 55 des Gesetzes betreffend die Organisation der Rechtspflege: „Die Sitzungen des Schwurgerichtes finden in Zürich, Winterthur und Pfäffikon statt. An jedem dieser Orte tritt das Schwurgericht in der Regel zwei Male im Jahr zusammen. Das Obergericht bestimmt den Zeitpunct und den Ort der Sitzungen."

Kanton Zürich, der nicht einmal den **achten** Theil der Bevölkerung der einzigen Stadt London umfaßt, und der nach dem so innig verschlungenen und untrennbar zusammenhängenden Leben zwischen Stadt und Land vielfach nur als eine Stadt betrachtet werden kann, ist in blinder und wirklich lächerlicher Nachahmung des Fremden gleich dem weiten Lande England eingerichtet worden. In England wird die Assise oder Schwurgerichtssitzung zu London, zu welchem auch die Grafschaft Middlesex gehört, im Centralcourt und außer London an den Hauptorten der Grafschaften abgehalten [1]) und daher sollen auch im Kantone Zürich, unter Gleichstellung der Stadt Zürich mit London und des Bezirkes Winterthur und Pfäffikon mit einer englischen Grafschaft, an den drei Orten Zürich, Winterthur und Pfäffikon die Schwurgerichte sich abwechselnd versammeln. Hätte man das englische Recht mit Einsicht übertragen, würde man seine Vorschrift: für London und die Grafschaft Middlesex besteht das Centralkriminalgericht (Centralcourt) in London, das jährlich zwölf Sitzungen hält, dahin in den obigen § 55 aufgenommen haben, daß für die Stadt und Landschaft Zürich das Geschwornengericht in den erforderlichen Sitzungen zu Zürich abzuhalten sei. Ganz Schottland hat dermalen nicht mehr Geschwornenbezirke als der Kanton Zürich [2]); Rheinbaiern mit etwa 600,000 Einwohnern und einem Flächeninhalte von 101 Quadratmeilen bildet einen einzigen Schwurgerichtsbezirk mit dem Centralorte Zweibrücken. Die Kosten, welche über die Reisen der Staatsanwälte, der Richter, der Anwälte, der Schreiber, der Angeschuldigten, der Weibel und Landjäger von Zürich nach Winterthur (oder Pfäffikon) zu dem dortigen Schwurgerichte jetzt ergehen, sind völlig nutzlose und dabei hat besonders der massenhafte

---

[1]) Vergl. Mittermaier, das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, Erlangen 1851, S. 289 ff.; Glaser, das englisch-schottische Strafverfahren, Wien 1850, § 12 ff.

[2]) Glaser, a. a. O., § 24.

Transport der Angeschuldigten aus der Strafanstalt zu Zürich nach Winterthur und dann von dort wieder zurück etwas Widerliches und Bedenkliches. Die Geschwornen, Zeugen und Geschädigten haben auch in der Regel nach Zürich häufigere und wohlfeilere Reisegelegenheit als nach Winterthur oder gar nach Pfäffikon und können leicht mit einer solchen Reise nach Zürich die Besorgung ihrer anderweitigen dortigen Geschäfte verbinden. Die Stadt Zürich ist nun einmal der unbestreitbare Mittelpunct des gesammten Lebens des Kantons Zürich und an diese Thatsache sollte das vernünftige Gesetz sich einfach anlehnen.

Wenn nun die Klage über allzu viele Schriftlichkeit sich nur auf das Schreiben an und für sich bezog und durchaus nicht auch die schreibenden Behörden, wenigstens nicht das Kantonalverhöramt umschloß, folgt hieraus von selbst, daß, um die Klage zu heben, es bloß einer Beschränkung und Verbesserung der Schriftlichkeit bedurfte und nicht eines völlig neuen Verfahrens mit ganz veränderten Untersuchungs- und Urtheilsgerichten. Die Wahrheit dieses Ausspruches bewährt sich zunächst daran, daß die Bezirksgerichte ohne Ausnahme schon vor dem Ende des Jahres 1853 wieder zu dem alten schriftlichen Untersuchungsverfahren mit der mündlichen Schlußverhandlung, resp. Vertheidigung vor dem ganzen Gerichte zurückgekehrt sind und die neuen Gesetze nur dazu benutzt haben, die schriftlichen Aufzeichnungen der Verhöre des Angeschuldigten und der Zeugen in der Weise abzukürzen, summarischer zu geben, daß nicht mehr in ermüdender Breite alle Fragen und Antworten niedergeschrieben, sondern in eine fortlaufende Erzählung die Hauptangaben des Betreffenden zusammengefaßt werden. Es ist höchst belehrend, genau diese Aufnahme und Anwendung der neuen Gesetze, besonders des § 199, resp. 189 und 190 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren, während des ersten Jahres ihres Bestehens bei den Bezirksgerichten zu kennen [1]). In den ersten Monaten des Jahres 1853,

---

[1]) § 189: „Auf den Tag des Abspruchs erläßt der Kreis- (Bezirks-) gerichtspräsident die erforderlichen Ladungen an die über-

nachdem die neuen Gesetze mit dem 1. Januar in Kraft getreten waren, luden die Bezirksgerichtspräsidenten an dem zur Beurtheilung des Angeschuldigten angesetzten Tage auch die schon schriftlich einvernommenen Zeugen und Sachverständigen nochmals zur mündlichen Einvernahme vor dem ganzen Gerichte ein, weil sie glaubten, der neue Grundsatz der Mündlichkeit verlange dieses. Bald jedoch überzeugten alle Bezirksgerichte sich, daß dieses Verfahren höchst zeitraubend und bedeutungslos sei, weil die Zeugen und Sachverständigen vor dem versammelten Gerichte nur wiederholten und bestätigten, was sie bereits vor dem bezirksgerichtlichen Verhöramte angegeben hatten, was seinem wesentlichen Inhalte nach in den Untersuchungsacten niedergeschrieben und allen Theilen daraus hinreichend bekannt war. Es läßt sich kaum etwas Langweiligeres und Geistloseres denken, als solche zweite Einvernahmen der Zeugen und Sachverständigen auch noch vor dem Gerichte für alle Betheiligten gewesen, weßhalb schnell alle Bezirksgerichte, vorzüglich auch das Bezirksgericht Zürich, sie schon um die Mitte des Jahres vollständig und unbedingt aufgaben und wieder einzig und allein auf Grundlage der von dem Verhöramte vorgelegten Untersuchungsacten urtheilten, wie künftig urtheilen werden. Gleichmäßig war der Gang der Dinge bei den Kreis- oder Zunftgerichten. Die Parteien, wohin namentlich auch die Statthalter als Vertreter der

---

weisende Behörde oder beziehungsweise den Kläger, den Geschädigten, den Angeschuldigten und diejenigen Zeugen oder Sachverständigen, deren Abhörung von einer Partei verlangt oder von dem Gerichtspräsidenten von Amts wegen für nothwendig erachtet wird."

§ 190: „An dem Rechtstage werden vor Allem aus die allfällig vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen durch den Gerichtspräsidenten einvernommen. Hierauf hält die überweisende Behörde, wenn dieselbe vertreten ist (beziehungsweise der Privatkläger § 185) einen Vortrag zur Begründung der Anschuldigung, worauf auch dem Geschädigten das Wort zu gestatten ist. Zum Schlusse vertheidigt sich der Angeschuldigte. Ausnahmsweise kann von dem Gerichtspräsidenten Replik und Duplik gestattet werden."

Staatsanwaltschaft zu rechnen, waren durchaus mit der Rückkehr zu dem Alten einverstanden und hatten niemals das mündliche Verfahren vor Gericht verlangt oder nur unterstützt.

Auf diese Weise haben also die alten Einrichtungen sich siegreich bewährt und gehalten gegen den Versuch der Umänderung und Neuerung; das neue Gesetz ist in dieser Richtung von dem Rechtsleben mit klarem Bewußtsein zurückgestoßen worden und wird wohl nicht gewaltsam durchgeführt werden sollen. Vor dieser großen Erfahrung und Thatsache müssen die Deklamationen und Toaste der Gesetzgeber verstummen und dieselben wenigstens theilweise zugeben, daß man ohne Bedürfniß und ohne Kenntniß an dem Bestehenden gerüttelt habe. Was in das bezirksgerichtliche Verfahren aus den neuen Gesetzen wirklich aufgenommen worden ist, sollte je schneller je besser wieder vertilgt und abgeschafft werden, nämlich:

a) daß gemäß § 138 litt. d des Gesetzes betreffend das Strafverfahren nur die Anträge der Parteien, mit Weglassung aller factischen und rechtlichen Begründung derselben, in das Gerichtsprotokoll fallen.

Diese Bestimmung wird von den Gerichtsschreibern getreulich beobachtet, weil ihre Nichtbeobachtung denselben Mühe verursachen oder sie zum Schreiben nöthigen würde. Mit dem Verfahren an sich steht die Frage, ob und wie die mündlichen Vorträge der Parteien, resp. der Anwälte derselben, in das Gerichtsprotokoll eingetragen werden sollen, eigentlich in keinem Zusammenhange, da das Verfahren eben durch den mündlichen Vortrag bestimmt ist und hieran nichts mehr geändert wird, ob der Gerichtsschreiber den mündlich gehaltenen Vortrag in dem Gerichtsprotokolle aufzeichnen müsse oder nicht. Daß das neue Gesetz die Aufzeichnung untersagte, kann nur in der Absicht geschehen sein, das Schreiben und das Anwachsen der Untersuchungsacten auch auf diesem Wege zu beschränken. Die Beschränkung oder der Gewinn ist aber so außerordentlich gering, daß man davon in der Berücksichtigung absehen

sollte, daß es die Gerichte zwingt, ihre Urtheile besser zu überlegen und vor dem Appellationsgerichte sorgfältiger zu begründen, wenn in dem Gerichtsprotokolle (Appellationsrecesse) zugleich die Parteivorträge, die Vertheidigung des Angeschuldigten enthalten sind und das Urtheil daher auch diese zu berücksichtigen und zu widerlegen hat. Ebenso ist für die Appellationsinstanz, zumal für die dortigen Referenten, sehr gut, die Ausführungen und Begehren der Parteien zum Voraus vollständig zu kennen.

b) daß die Parteien jetzt regelmäßig zufolge des oben mitgetheilten § 190 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren vor den Bezirksgerichten und vor der Criminalabtheilung des Obergerichtes nur einen einzigen Vortrag haben, nicht mehr repliciren und dupliciren dürfen.

Schwer zu errathen möchte sein, auf welcher Absicht diese in jeder Beziehung tadelnswerthe Verkürzung der mündlichen Parteivorträge, der Vertheidigung namentlich, beruhe, zumal wenn damit die anderweitige Vorschrift zusammengehalten wird, daß die Parteiverträge nicht aufzuzeichnen seien; nur eine größere Kürze der Verhandlungen wollte man vermuthlich erreichen. Ueber den unbedeutendsten Civilstreit haben jetzt die Parteien zwei Vorträge; in den durch die Bezirksgerichte zu beurtheilenden Straffachen, bei welchen es sich um die Ehre und Freiheit der Bürger handelt und bis auf drei Jahre Gefängniß erkannt werden kann [1]), ist der Regel nach nur ein Vortrag gestattet, was für die Geltendmachung der Rechte des Geschädigten und für die Vertheidigung des Angeschuldigten gleich hemmend und gefährlich ist, je nachdem der Eine oder der Andere vor dem Bezirks- und Obergerichte den ersten Vortrag hat. Wer den letzten (einzigen) Vortrag hat, kann sich insofern freier, kühner und erfolgreicher bewegen, als er eine Replik, eine augenblickliche Widerlegung nicht zu fürchten hat, während er selbst das von dem zuerst Redenden Gesagte anzugreifen und zu entkräften vermag.

[1]) § 17 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren.

c) daß die Staatsanwaltschaft selbst vor dem Obergerichte nach § 200 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren zur mündlichen Verhandlung nicht zu erscheinen hat, sondern eine schriftliche Eingabe mit ihrem Begehren zu machen oder die Beurtheilung einfach dem Gerichte zu überlassen berechtigt ist und dieses letztere Recht aus bloßer Bequemlichkeit allzu oft ausübt.

Früher mußte die Staatsanwaltschaft vor Obergericht in allen Fällen, welche von Amtes wegen zu bestrafende Vergehen betrafen, anwesend sein und mündlich ihre Appellation begründen oder als Appellat das bezirksgerichtliche Urtheil vertheidigen, was der Wichtigkeit der Sache und der Würde des Obergerichtes gleich angemessen war. Jetzt kann der Staatsanwalt (gewiß um die mündliche Verhandlung zu heben?), entweder ganz wegbleiben oder eine schriftliche Eingabe machen!!! Wer die Polizeisitzungen des alten Obergerichtes jemals gesehen und gekannt hat und damit die Sitzungen der neu geschaffenen Criminalabtheilung vergleicht, wird einräumen, daß die letztern an Würde, Feierlichkeit und Eindruck weit hinter jenen zurückstehen, **und nothwendig zurückstehen müssen.** An der Stelle von neun Richtern sitzen drei oder höchstens fünf Richter [1]) (mit einigen anstoßenden leeren Richterstühlen), was schon allein bewirkt, daß Jeder nicht mehr an ein Gericht, sondern bloß noch an drei Richter, drei Personen oder drei Menschen denkt. Dieser Satz muß in seiner ganzen Tiefe gefühlt und begriffen werden, um seine Wahrheit nicht zu bestreiten. Je zahlreicher ein Gericht besetzt ist, um desto größere Achtung und Anerkennung finden seine Urtheile, weil man die Menschen, das Volk, die allgemeine Meinung, die ewige Gerechtigkeit (Gott) selbst und nicht den Einzelnen mit seinen Zu- und Abneigungen, mit seinen trügerischen

---

[1]) §§ 95 und 98 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren.

Ansichten glaubt urtheilen zu hören; — weil die Mehrheit der Personen den Einfluß der Person in dem Verhältniß dieser zu jener aufhebt. Volksgerichte in diesem Sinne wären die vollkommensten Gerichte, weil sie aber nicht ausführbar sind, hat man überall wenigstens Richter-**collegien**, d. h. die aus mehrern Mitgliedern bestehenden Gerichte beibehalten, und die letztern bieten je nach der größern oder geringern Anzahl ihrer Mitglieder die Vortheile der Volksgerichte dar. Nach diesem Grundsatze werden auch die Schwurgerichte aus zwölf [1]) Geschwornen zum Mindesten gebildet und fordert man in England sogar die Einstimmigkeit dieser zwölf Richter. In dem republikanischen Zürich hat man einerseits die zwölf Schwurrichter eingeführt, andererseits der Consequenz wegen die Bezirksgerichte auf drei Mitglieder und das Obergericht als Polizeigericht auf drei oder fünf herabgesetzt. Das Letztere ist so unfreisinnig und unvernünftig, als es die Umwandlung des Regierungsrathes in unabhängige Regierungsdirectoren gewesen. Hätten die neuen Gesetzgeber nicht gewußt, das gute Volk des Kantons Zürich hänge doch noch etwas an Richtercollegien, man würde sicherlich nach dem englischen Vorbilde nur Einzelnrichter eingeführt haben; ein zürcherischer Oberrichter und einer der (zwölf) fünfzehn Oberrichter Englands [2]) sind ja vollkommen einander an die Seite zu stellen. Es ist diese Verminderung der Gerichtsmitglieder im Kanton Zürich als ein entschiedener Rückschritt auf der Bahn einer wirklich guten, freisinnigen und unparteiischen Rechtspflege außerordentlich zu beklagen und, sobald einmal wieder die Wahrheit mehr gilt als hohle und aus dem Auslande erborgte Phrasen, wird man die Gerichte wieder zahlreicher und damit angesehener und gerechter machen. Erwägt man neben dem Umstande, daß die neue Criminalabtheilung des Obergerichtes bloß noch aus drei

---

[1]) Ueber diese Zwölfzahl, vergl. Beiträge, Bd. VIII, S. 306 ff.

[2]) Vergl. Mittermaier, a. a. O., S. 49 ff.; Glaser, a. a. O. §§ 26, 27.

oder fünf Mitgliedern besteht, den fernern, daß einerseits deren Sitzungen gewöhnlich kein Staatsanwalt beiwohnt und dieser entweder das bezirksgerichtliche Urtheil ganz seinem Schicksale überläßt oder in höchst kurzer, im Anfange der Verhandlung durch den Obergerichtsschreiber verlesener Zuschrift im Falle der Appellation diese oder jene Straferhöhung beantragt, — andererseits die Parteien selbst nur auf einen Vortrag angewiesen sind, wird man ein klares Bild von den unfeierlichen und raschen Sitzungen der Criminalabtheilung des Obergerichtes haben. Um in dem Bilde keinen Zug fehlen zu lassen, muß auch als möglich vorausgesetzt werden, einer der drei Richter habe während der Gerichtsverhandlung etwas Besonderes zu lesen oder müsse sich dieser oder jener Ursache wegen augenblicklich aus dem Gerichtssaale entfernen und dergleichen. Die Staatsanwaltschaft muß nicht allein wieder allen obergerichtlichen Sitzungen ohne Ausnahme beiwohnen, sondern, wenn es möglich gemacht werden könnte, sollte auch bei allen bezirksgerichtlichen Polizeisitzungen ein Vertreter der Staatsbehörde zugegen sein, wie dieses bekanntlich in Frankreich geschieht.

d) daß in den §§ 160 und 161 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren den Parteien, welche gegen das bezirksgerichtliche Urtheil gar nicht appellirt und dasselbe mithin anerkannt haben, erlaubt wird, noch bei der obergerichtlichen Verhandlung zu appelliren, wenn dieses durch bloßen Anschluß an die Appellation der Gegenpartei erfolgen kann [1]).

---

[1]) § 160: „Die Behörde, welche die Klage führt, kann sich bis zum Schlusse der Verhandlung der von dem Angeschuldigten eingelegten Berufung betreffend den Strafpunct anschließen und in der nämlichen Weise Anträge stellen, wie wenn sie selbst die Berufung eingelegt hätte. Die nämliche Befugniß steht dem Angeschuldigten in Ansehung der von der Behörde, welche die Klage führt, eingelegten Berufung zu."

§ 161: „Auf gleiche Weise kann, vorbehalten die durch § 153 bezeichnete Beschränkung, der Geschädigte der Berufung des Ange-

Diese Bestimmungen enthalten ganz willkürliches neues Recht, sind schon deßwegen zu verwerfen, weil sie mit dem bisherigen Gesetze, dem hergebrachten Rechtsbewußtsein und der Rechtsübung in entschiedenem Widerspruche stehen. Das Volk ist doch nicht dazu da, um an sich und an seinem Gute mit neuen Gesetzen gleichsam experimentiren zu lassen; was bei dem Volke des Kantons Zürich seit Jahrhunderten als Recht gegolten hat und geübt worden ist, sollte doch auch einige Achtung genießen und mindestens so heilig gehalten werden, um es nicht ohne genügende Veranlassung abzuschaffen oder abzuändern. Bisher hielt man durchaus an dem Grundsatze fest und hatte sich ganz in denselben hineingelebt, daß, wer mit einem erstinstanzlichen Urtheile in irgend einer Beziehung nicht zufrieden sei, dagegen appelliren müsse und durch Nichtergreifung der Appellation (welche übrigens auch nur eventuell oder nur für den Fall, daß die Gegenpartei, resp. die Staatsanwaltschaft appelliren sollte, eingelegt werden konnte) dasselbe sich gegenüber als rechtskräftig anerkannt habe, und dieser Grundsatz ist eben so natürlich als einfach, hatte auch niemals Klagen oder besondere Uebelstände veranlaßt, wenn man dahin nicht die Andeutungen des Obergerichtes je in einzelnen Urtheilen rechnen will, daß in dieser oder jener Weise das erstinstanzliche Urtheil würde abgeändert worden sein, hätte die Staatsanwaltschaft dagegen appellirt. Praktisch betrachtet, dienen jene Vorschriften über die Möglichkeit, sich an die Appellation der Gegenpartei anzuschließen, in der That nur der Staatsanwaltschaft, um eine etwa vergessene Appellation

---

schuldigten oder der Behörde, welche die Klage führt, und der Angeschuldigte derjenigen des Geschädigten beitreten."

§ 162: „Sobald die Partei, welche die Berufung selbstständig erklärt hatte, dieselbe zurückzieht, so fallen auch die Beschwerden derjenigen Betheiligten, welche sich bloß dieser Berufung angeschlossen hatten."

nachzuholen und um durch nachträgliche Einlegung der Appellation auf eine noch schärfere Strafe die Leute von dem Appelliren abzuschrecken; der Geschädigte und der Angeschuldigte, welche bei der Ausfällung des erstinstanzlichen Urtheils sich unmittelbar betheiligt hatten, sind auch schon vor erster Instanz zu einer bestimmten und ausgeführten Entscheidung darüber gelangt, ob sie die Appellation wählen wollen oder nicht. Gerade weil die in den §§ 160 und 161 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren gespendete Wohlthat nur eine solche für die Staatsanwaltschaft wäre, wird man die Paragraphen ablehnen und die Staatsanwaltschaft im Vergleiche zu dem Angeschuldigten doch nicht allzu sehr bevorzugen wollen.

Haben die neuesten Erfahrungen, um nunmehr die Hauptentwickelung wieder mehr aufzunehmen, zu Gunsten des bisherigen schriftlichen Untersuchungsverfahrens mit einer mündlichen Schlußverhandlung bei den Bezirksgerichten entschieden, darf daraus der Schluß gezogen werden, daß dieselbe Entscheidung auch hinsichtlich des früher vor dem Criminalgericht geltenden Verfahrens getroffen worden wäre, da das Verfahren vor den Bezirksgerichten und vor dem Criminalgerichte wesentlich übereinstimmten. Mit andern Worten hätten das Volk und die Gerichte über die Beibehaltung des frühern criminalgerichtlichen Verfahrens sich ebenso auszusprechen Gelegenheit gehabt, wie hinsichtlich des bezirksgerichtlichen Verfahrens dieses der Fall gewesen, es wäre auch für jene Beibehaltung ein unbedingt bejahender Ausspruch ergangen und aus verschiedenen Gründen vielleicht noch unbedingter als für das bezirksgerichtliche Verfahren. Zunächst wird dem nun aufgehobenen Criminalgerichte Jedermann, der sein Handeln und Wirken beobachten konnte, gerne und ohne Einschränkung das Zeugniß ertheilen, daß dasselbe seit seiner Errichtung, im Jahre 1831 durch das Gesetz über die Strafrechtspflege [1]),

---

[1]) R. O. G. S. Bd. 1, S. 177 ff.

sich durch strenge Gerechtigkeit, hohe Milde und Menschenfreundlichkeit zu allen Zeiten gleichmäßig ausgezeichnet habe. Unter allen Gerichten ist gewiß das Criminalgericht am wenigsten und am seltensten getadelt worden und dennoch fiel es zuerst, als Opfer fremder Fehler, zur Sühne der Sünden des Kantonalverhöramtes und des Obergerichtes. Die Gebrechen des Kantonalverhöramtes sind oben dargelegt worden und bedürfen keiner Erörterung mehr. Das Obergericht, als Appellationsinstanz für das Criminalgericht, hat nicht verletzt durch seine Verurtheilungen, sondern durch sein Nichtverurtheilen, resp. Freisprechen und Entlassen von der Instanz. Durch das ängstlichste Hängen an Formalitäten, durch die sorgfältigste Prüfung der geführten Beweise unter Aufstellung aller sonst noch möglichen Hypothesen und durch einen gewissen gelehrten unpraktischen Sinn war das Obergericht dahin gelangt, in vielen Fällen nicht zu verurtheilen oder zur morschen Krücke der Instanzentlassung zu greifen, wo die allgemeine Meinung eine Verurtheilung erwartet hatte. Noch unglücklicher war das Obergericht zuweilen in seinen Entscheidungen über die Erfordernisse der einzelnen Verbrechen, dabei leider nicht consequent, was nur zu bekannt ist. Durch die obergerichtlichen Strafurtheile und durch die Untersuchungen des Kantonalverhöramtes allein ist eine gewisse Unzufriedenheit über das bestehende Strafverfahren geweckt und genährt worden, welche aber sehr leicht auf anderm Wege als durch Aufhebung des Kantonalverhöramtes und des Criminalgerichtes hätte gehoben werden können und die nur als willkommener Vorwand von einigen Wenigen benutzt worden, um das englische Strafverfahren dem geduldigen Kantone aufzubürden. Hätte man das bestehende Strafverfahren organisch, oder aus sich selbst als das Recht des zürcherischen Volkes verbessern und umgestalten wollen durch die Verminderung des heimlichen schriftlichen Verfahrens und die Vermehrung der öffentlichen Mündlichkeit, durfte man nur die Vorschriften der §§ 93 und 94 des organischen

Gesetzes über das Strafverfahren [1]) erweitern. Diese Paragraphen hatten weniger praktische Bedeutung für das urtheilende Criminalgericht, als für das an dem begangenen Verbrechen und dessen strenger und gerechter Beurtheilung theilnehmende Volk. Der Richter erfuhr aus der eidlichen Zeugeneinvernahme kaum etwas Weiteres, als bereits in den Untersuchungsacten der Zeuge schriftlich angegeben hatte; aber das Volk sollte und konnte allein an der feierlichen Schlußverhandlung mit der eidlichen Einvernahme der wichtigsten Zeugen den Beweis erhalten, daß das Verbrechen nicht ungestraft bleibe und daß nur der Schuldige gestraft werde. Fand man, was indessen nicht allseitig zugegeben werden wird, daß nach dieser volksthümlichen Richtung eine größere Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens angemessen und erforderlich gewesen sei, war dieselbe schnell und einfach dadurch erreicht, daß man, unter entsprechender Abkürzung der Voruntersuchung, der schriftlichen Untersuchung, dem Criminalgerichte aufgab, in allen Fällen die Hauptzeugen öffentlich und mündlich (versteht sich, nur ausnahmsweise auch eidlich) vor sich einzuvernehmen. Gegen das Criminalgericht und

---

[1]) § 93: „Bei Verbrechen, bei deren Bestrafung nach dem Ermessen des Criminalgerichts, des Staatsanwalts oder des Cantonalverhöramts Todesstrafe oder Kettenstrafe in Frage kommen können, sind, insofern der Angeschuldigte läugnet, die wichtigsten Zeugen, durch welche die Existenz des Verbrechens oder die Urheberschaft des Angeschuldigten erwiesen werden sollen, eidlich einzuvernehmen."

§ 94: „Diese eidliche Einvernahme geschieht am Tage der Verurtheilung vor dem Criminalgerichte in öffentlicher Sitzung. Jeder Zeuge wird einzeln vorgerufen, daran erinnert, daß er seine Aussage eidlich zu bekräftigen haben werde, und ihm die Wichtigkeit des Eides, so wie die Strafbarkeit des Meineides zu Gemüthe geführt. Hierauf gibt er seine Aussage unter Leitung des Präsidenten zu Protokoll; nach deren Vollendung können auch von den übrigen Mitgliedern des Gerichts, dem Staatsanwalt und dem Angeschuldigten oder dessen Vertheidiger an den Zeugen Fragen gestellt werden."

seine Ausübung der Strafrechtspflege waltete ja keine Beschwerde, im Gegentheil allgemeine und ungetheilte Zufriedenheit; also mußte man dieses Gericht bestehen lassen und einzig das von ihm zu beobachtende Verfahren abändern, wenn und wo dasselbe in der That Abänderungen bedurfte. Man wird nicht etwa einwenden, das öffentliche und mündliche Verfahren, wie es jetzt nach dem neuen Gesetze vor den Geschwornen stattfindet, könne so nur vor Geschwornen und nicht auch vor dem Criminalgerichte geübt werden. Das Gericht und ein bestimmtes Verfahren sind nicht untrennbar mit einander verbunden, sondern ein jedes derselben ist einer selbstständigen Ausbildung und Betrachtung fähig, und am wenigsten ist das Geschwornengericht ein nothwendiger Bestandtheil des öffentlichen und mündlichen Verfahrens, worüber gar kein Streit mehr geführt werden kann und was bei allen Kundigen eine ausgemachte Sache ist. Wenn daher das öffentliche und mündliche Verfahren eben so gut mit dem Criminalgerichte als mit Geschwornen eingerichtet werden und bestehen konnte, liegt die Frage nahe, weßhalb dennoch das Criminalgericht den Geschwornen habe weichen müssen. Eine befriedigende Antwort auf diese Frage ist an sich nicht ausgeschlossen oder an sich wohl gedenkbar, jedoch ausgeschlossen und unmöglich ist es in Folge der vorausgegangenen Erörterungen, daß die Abschaffung des Criminalgerichtes und die Einführung der Geschwornen mit der Nothwendigkeit eines mehr öffentlichen und mündlichen Verfahrens begründet werde.

2. Die Instanzentlassungen wurden zu häufig und ihre Beseitigung allgemein gewünscht.

Ueber die Begründetheit dieser Klage, welche allerwärts geführt wird, wo die Instanzentlassung noch gesetzlich zuläßig ist, darf jede ausführliche Bemerkung unterlassen werden und die neue Bestimmung des § 182 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren: „Wer vor Gericht gestellt wird, muß freigesprochen oder verurtheilt werden" — wird keinerlei Anfechtung erleiden. § 95 des organischen

Gesetzes über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831 [1]) wird in keiner Gestalt wieder aufleben, was aber auf das Bestehen des Geschwornengerichtes keinen Bezug hat oder auch mit einem ständigen Gerichte vereinbar ist. Die Instanzentlassung hätte auch bei dem frühern Verfahren um so unbedenklicher aufgegeben werden können, als dem Richter, abgesehen von § 92 des organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege [2]), durchaus keine Beweisvorschriften, keine Beweistheorie gegeben war, sondern derselbe nach der freiesten Ueberzeugung das Schuldig oder Nichtschuldig finden und aussprechen durfte. Es war eine außerordentlich günstige Stellung, in welcher die zürcherischen Strafgerichte insofern sich befanden und befinden, als dieselben durch keine gesetzliche Beweistheorie im Urtheilsprechen beengt, sondern einzig und allein hierbei auf ihr Gewissen, auf ihre nach dem freiesten Ermessen zu bildende Ueberzeugung verwiesen waren. Soll vielleicht ein Vorzug des Geschwornengerichtes darin bestehen, daß die Geschwornen nur nach ihrer innern Ueberzeugung und ohne alle Rücksicht auf bestimmte Beweisregeln ihren Wahrspruch abgeben, konnte dieses Vorzuges wegen das Criminalgericht nicht aufgehoben werden, indem es diesen Vorzug

[1]) § 95: „Wenn das Gericht findet, daß der Beweis zwar nicht vollständig und genügend geführt, aber daß doch ein bedeutender Grad von Verdacht gegen den Angeschuldigten vorhanden sei, so ist dieser von der Instanz zu entlassen, und es können ihm je nach Umständen die Kosten auferlegt werden."

[2]) § 92: „Wenn der Angeschuldigte der That bloß durch das Zusammentreffen von Anzeigungen (Indicien) überwiesen ist, so kann derselbe zu jeder Strafe, die Todesstrafe allein ausgenommen, verurtheilt werden" — Mit Recht ist diese Beschränkung durch § 181 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren nunmehr weggeräumt: „In allen Straffachen ist zur Verurtheilung des Angeschuldigten dessen Geständniß nicht erforderlich, sondern es reicht hin, wenn er des ihm zur Last gelegten Verbrechens durch Zeugen oder Inzichten (Indicien) überwiesen ist."

gleich allen übrigen Strafgerichten des Kantons Zürich längst besaß und zwar selbst noch im höhern Maße als die englischen Geschwornen, welche bekanntlich durch eine ganze Reihe ängstlich beachteter Beweisvorschriften oder Beweisgesetze (the law of evidence) gebunden sind [1]). Indem jedoch die zürcherischen Strafgerichte verpflichtet waren, und auch jetzt noch, mit Ausnahme des Schwurgerichtes [2]), verpflichtet sind, ihren Urtheilen die factischen Thatsachen mit der darauf sich stützenden rechtlichen Würdigung derselben beizufügen, — ihre Urtheile mit dem Falle und dem Gesetze zu begründen und zu rechtfertigen, — über ihre Rechtsprechung sich selbst und allen Betheiligten Rechenschaft abzulegen, müssen sie doch den Beweis der Schuld sorgfältig zusammensetzen und darlegen, wobei sie nur keinen gesetzlichen Beweisvorschriften unterworfen sind und einfach den Gesetzen des menschlichen Denkens folgen In dieser Verpflichtung der Strafgerichte, über die von ihnen ausgefällten Urtheile schriftlich Rechenschaft abzulegen oder den schriftlichen Beweis der Schuld zu geben, liegt eine der größten und mächtigsten Bürgschaften für eine gerechte und unparteiische Strafrechtspflege und das Geschwornengericht steht unendlich nach, kann viel willkürlicher und ungerechter entscheiden, weil die Geschwornen nicht die Gründe ihrer Entscheidung anzugeben und die letztere nur vor ihrem Gewissen zu verantworten

---

1) Glaser, a. a. O., § 313 ff.; Mittermaier, a. a. O., S. 324 ff. — Eine besonders im Kanton Zürich schwer zu begreifende Eigenthümlichkeit des englischen Beweisrechtes ist z. B., daß alle und jede Zeugen beeidigt werden müssen, indem nur die Beeidigung die nöthige Bürgschaft für die Wahrhaftigkeit eines Zeugen zu geben vermöge (Mittermaier, a. a. O., S. 330).

2) § 143, litt. b des Gesetzes betreffend das Strafverfahren, wonach das Protokoll über das Urtheil auch enthalten muß „die Thatsachen, welche dem Urtheile über die Schuld zum Grunde liegen, unter Bezeichnung von Zeit und Ort, und die rechtliche Würdigung dieser Thatsachen."

haben. Wo man die Geschwornen in diesen gleichsam nur nach ihrem Belieben zu gebenden und nicht zu begründenden Entscheidungen, wie namentlich in Frankreich, sorgfältiger beobachtete, gelangte man bald auch zu der Ansicht, daß die Geschwornen allmächtig seien, d. h. entscheiden rein, wie sie wollen. In Frankreich und auch in Deutschland, in letzterm besonders vor nicht langer Zeit in Rheinbaiern, haben z. B. die Regierungen in politischen Processen nicht selten die Angeschuldigten nicht deßhalb frei gesprochen gesehen, weil kein Beweis der Schuld erbracht war, sondern weil die Geschwornen bei den einmal verbreiteten politischen Meinungen nicht verurtheilen wollten und durften. Ebenso ist bekannt, welchen Mißbrauch in Frankreich die Geschwornen von dem ihnen zustehenden Rechte gemacht haben, ihrem Wahrspruche die Erklärung beifügen zu können, daß mildernde Umstände vorhanden seien. Es sind derartige willkürliche oder grundlose Freisprechungen und nach Umständen auch Verurtheilungen keineswegs aus dem Gesichtspuncte zuweilen vorkommender Fehler aufzufassen, sie sind vielmehr insofern unmittelbar und untrennbar mit dem Geschwornengerichte verbunden, als die Geschwornen nur das Schuldig oder Nichtschuldig auszusprechen haben, ohne die Gründe bezeichnen und verkünden zu müssen, welche sie zu ihrem Ausspruche geleitet haben. Dieser Gefahr ist begegnet, wenn das Gericht zwar nach freiester Ueberzeugung das Urtheil finden, jedoch dasselbe begründen soll.

3. Daß man öfters oder wenigstens zuweilen über Handlungen, welche entweder an sich keine Vergehen oder doch nur ganz unbedeutende Vergehen gewesen, große und kostspielige Untersuchungen eingeleitet habe, welche letztern im höhern Staatsinteresse besser unterlassen worden seien.

Diese Klage verliert bei Vergleichung mit den Anforderungen, welche das deutsche Volk und das Volk des Kantons Zürich mit ihm an die Untersuchungs- und Strafgerichte seit langen Zeiten gestellt haben

und noch stellen, nicht nur jedes Gewicht, sondern verwandelt sich sogar in die gegentheilige Klage, daß man noch nicht Alles, was untersucht und bestraft werden sollte, untersuche und bestrafe. Wenn in Deutschland und in dem Kantone Zürich von irgend einer Ansicht gesagt werden darf, sie sei eine hergebrachte und unwandelbare Ansicht des gesammten Volkes, sie wurzle in dem tiefsten und innersten Volksbewußtsein, bilde einen Bestandtheil des ganzen Denkens und Handelns des Volkes, ist es gewiß die Ansicht, daß der Staat die Pflicht habe, von Staates oder der Gerechtigkeit wegen alle zu seiner Kenntniß gelangenden, resp. ihm denuncirten Verbrechen und Vergehen zu untersuchen und zu bestrafen. Das Rechtsbewußtsein und die Rechtssitten des eigenen Volkes muß man zuerst erforschen und heilig halten, jedenfalls aber nicht dem fremden Rechte und fremder Sitte unterordnen; sobald aber dieses geschieht, wird ein jedes deutsches und zürcherisches Strafverfahren, wie dasselbe sonst immer eingerichtet sein möge, auf den Grundsatz gebauet werden und gebauet sein, daß der Staat ein jedes Verbrechen verfolgen und, wenn möglich, zur verdienten Bestrafung bringen solle. Die Handhabung und Ausübung der strafenden Gerechtigkeit, die Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen ist nach der Anschauung und dem Leben des deutschen Volkes und des hierin mit ihm ganz übereinstimmenden Volkes des Kantons Zürich eine wesentliche Aufgabe des Staates, ein Staatszweck, und es ist daher die Strafrechtspflege um so besser eingerichtet und verwaltet, je vollkommener sie jenen Staatszweck verwirklicht und erreicht, d. h. je weniger Verbrechen sie ununtersucht und unbestraft läßt. Man beobachte das Volksleben nach allen seinen Richtungen und in allen seinen Trägern, und man wird überall mit mehr oder weniger Klarheit den Beruf einer guten Strafrechtspflege also bestimmt finden, besonders jedoch wird dadurch der Staatsanwaltschaft mit den dazu gehörenden untern Beamten, im

Kanton Zürich den Statthaltern und Gemeindeammännern, so wie den Geschädigten ihre Stellung und Thätigkeit vorgezeichnet. Der durch das Verbrechen Verletzte oder Bedrohte betrachtet es als einen Ausfluß des Schutzes, den der Staat einem jeden Bürger zu gewähren hat, daß die Staatsbehörden das Verbrechen, sobald es nur zu ihrer Kenntniß gebracht oder gekommen ist, von sich aus und ohne daß sie dazu einer fernern Anregung bedürfen, weiter durch die Untersuchung und endliche Bestrafung verfolgen. Die strafrechtliche Thätigkeit des Verletzten beschränkt sich deßhalb in dem Untersuchungsverfahren mit vollem Bewußtsein zunächst auf die Anzeige oder Denunciation des Verbrechens, woraufhin er die Fortführung der Untersuchung unbedingt den Staatsbehörden anheimstellt und dieselben nur insofern unterstützt, als er auf Befragen die ihm etwa bekannten Beweismittel gegen den Verdächtigen angibt. Verhält schon der Geschädigte sich in solcher Weise gegenüber der eingeleiteten Untersuchung, gegenüber der Beweisführung gegen den Angeschuldigten ganz theilnahmlos oder wenigstens ohne besondere Thätigkeit und überläßt zutrauensvoll Alles den staatlichen Untersuchungsbehörden: tritt diese Unthätigkeit und dieses Verlassen auf die handelnde Staatsgewalt bei allen übrigen, durch das Verbrechen nicht unmittelbar berührten Staatsbürgern noch weit mehr ein. So ist es zu einem allgemeinen Grundzuge des deutschen und schweizerischen Rechtslebens geworden, daß die Verfolgung und Untersuchung der Verbrechen ganz in der Hand der Staatsbehörden, der Polizei und des Untersuchungsgerichtes ruht und alles in dieser Hinsicht zu Unternehmende ihnen zugeschoben und von ihnen erwartet wird. Es widerspricht allen gangbaren deutschen und zürcherischen Begriffen und Uebungen, und ist eine unverantwortliche Nachahmung eines wirklichen Gebrechens der englischen Strafrechtspflege, daß nach § 10 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren der Geschädigte unter der Voraussetzung, daß ein mit der öffentlichen Anklage betrauter Beamteter die Anklage nicht erheben will, an die Stelle dieses Beamten treten und die Strafklage betreiben

kann, insofern er für die Proceßkosten und für eine dem Angeklagten im Falle seiner Freisprechung zu leistende Entschädigung Caution bestellt. In England beklagt man es als einen großen Fehler des Strafverfahrens, daß kein öffentlicher Ankläger, keine Staatsanwaltschaft mit der Pflicht besteht, jedes Verbrechen anzuklagen, und die mannigfachsten Auswege hat man ergriffen, um den Folgen dieses Mangels eines öffentlichen Anklägers zu begegnen, indem z. B. sich Privatvereine bildeten, welche auf ihre Kosten durch einen Anwalt die Anklage wegen eines begangenen Verbrechens führen lassen, oder die Gemeinden einen besondern Anwalt anstellen, um wegen der an ihren Angehörigen verübten Verbrechen die Anklage zu erheben u. s. w.[1]); alle diese Auswege vermindern übrigens das Uebel nur und heben es nicht, so daß man sicherlich in England bald noch dahin kommen wird, eine Staatsanwaltschaft in dem Sinne und zu dem Zwecke einzuführen, wie solche in Frankreich (als ministère public) besteht und auch bei uns früher bestand. Wir hatten eine Staatsanwaltschaft, wir hegten allgemein und fest den Glauben, daß von Staates wegen Gerechtigkeit gehalten und jedes Verbrechen untersucht und bestraft werde, wobei der Verletzte, der einzelne Privatmann überhaupt, zwar die Bemühungen der Staatsbehörden um die Entdeckung des Verbrechens unterstützen, niemals aber selbstständig die Strafklage übernehmen und je nach seinem Belieben durchführen oder fallen lassen konnte, weil sonst die Strafgerechtigkeit den Charakter der staatlichen Nothwendigkeit, Unparteilichkeit und Erhabenheit, gleichsam der Göttlichkeit verliert und zum willkürlichen Werkzeuge der Parteien, der Menschen herabsinkt; und unbekümmert um unsere Einrichtungen und um unsern Glauben an die Gerechtigkeit machen es jetzt §§ 9[2]) und 10 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren möglich,

---

[1]) Mittermaier, a. a. O, S. 232 ff.

[2]) § 9: „Wenn ein mit der öffentlichen Anklage betrauter Beamteter die Anklage nicht erheben will oder sich in Besorgung seiner

daß die Staatsbehörden, resp. die Staatsanwaltschaft ein begangenes Verbrechen, selbst das schwerste, nicht untersuchen und nicht überweisen und dieses somit völlig unbestraft bleibt, wenn der Verletzte sich nicht etwa entschließen will, sich der von den Staatsbehörden vernachlässigten und aufgegebenen Gerechtigkeit anzunehmen und auf seine Kosten und Gefahr die Strafklage zu betreiben. Hierin liegt ein ganz außerordentliches Gebrechen des neuen Strafverfahrens, worauf die Aufmerksamkeit der Freunde des wahren Rechtes und der wahren Freiheit nicht genug gelenkt werden kann und wogegen vorzüglich einzuwenden ist:

a) der Staatszweck, insofern derselbe in der Verwirklichung der Strafgerechtigkeit besteht, erlaubt nicht, daß der Staat ein ihm bekannt gewordenes Verbrechen ununtersucht und unbestraft lasse oder dem Gutdünken des Verletzten anheimstelle, das Verbrechen zur Untersuchung und Bestrafung zu bringen. Geschieht dieses dennoch, handelt der Staat einerseits seinem Zwecke entgegen, verletzt seine Pflicht und überträgt andererseits einen Theil der Staatsgewalt zum höchsten Nachtheile derselben an den Verletzten, an den Einzelnen.

Es ist ein erhabener, in das innerste Bewußtsein des deutschen und des schweizerischen Volkes übergegangener Gedanke, daß der Staat das Verbrechen zu bestrafen verpflichtet, aber auch allein berechtigt sei, so daß alle Strafrechtspflege als eine staatliche, als eine von

---

Amtsgeschäfte Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt, so kann einzig bei seinen Vorgesetzten und in letzter Instanz bei dem Regierungsrathe hierüber Beschwerde geführt werden."

§ 10: „Unter Voraussetzung des § 9 kann der Geschädigte die Strafklage betreiben, wofern er für die Proceßkosten und für eine dem Angeklagten im Falle seiner Freisprechung zu leistende Entschädigung Caution bestellt. — Ueber die Zulässigkeit der Klage entscheidet das zuständige Gericht, in den Fällen, die an das Schwurgericht gehören, die Anklagecommission."

Staates oder Gerechtigkeits wegen und durch den Staat geübte sich darstelle. Der Verletzte soll nie und nimmer in das Amt der Strafgerechtigkeit eingreifen, weil er nur seine Privatzwecke, besonders die Entschädigung, nicht aber das Interesse der Gerechtigkeit im Auge hat. Daher sind in England Vergleiche zwischen dem Privatankläger und dem Angeklagten etwas Gewöhnliches und die ganze Anklage beabsichtigt nicht selten nur, den Angeklagten zu einem solchen Vergleiche, zu einem Geldopfer u. s. w. zu zwingen, — ist eine förmliche Privatspeculation. Nimmt die Anklage eine für den Angeklagten gefährliche Wendung, liegt es für ihn, seine Anverwandten und Freunde sehr nahe, durch Bitten und Ueberredungen, Geldleistungen und auf ähnliche Weise, den Privatankläger zum völligen oder theilweisen Zurückzuge der Anklage zu bestimmen. Eine solche Strafrechtspflege, einen solchen Privathandel mit der Strafgerechtigkeit hat zu seinem höchsten Glücke bis jetzt der Kanton Zürich nicht gekannt, und die Verfasser der neuen Gesetze haben nicht gewußt, was sie thun und wagen, daß sie dieselben durch den § 10 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren angebahnt haben. Man ahnet noch gar nicht, zu welchen verderblichen Ergebnissen dieser § 10 führen könne, da bis jetzt nur zwei Privatanklagen vor den Geschwornen gestellt worden sind; aber es wird sich ändern, wenn er einmal häufiger angewandt und anzuwenden verstanden wird. Wären die Menschen nicht mit Blindheit geschlagen, sie hätten längst erkennen müssen, daß unter dem Scheine der Freiheit nach und nach alle wirkliche Freiheit ihnen geraubt und durch Unrecht oder die Willkür der Behörden und Privaten ersetzt werde. Ist es ein Fortschritt oder ein Rückschritt auf dem Wege der Freiheit und Gerechtigkeit, daß der Staat sich der Strafrechtspflege entkleiden und entschlagen, und sie den Launen, den Geldkräften des Geschädigten überlassen darf? So lange das Verbrechen einen Eingriff in die Staatsordnung enthält, den Staat gefährdet, darf der Staat seiner selbst wegen es nicht dulden und muß ihm entgegentreten, und zwar in allen seinen Organen und mit allen seinen

Kräften. Deßhalb enthält § 11 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren: „Von Amts wegen soll das Gericht das Hauptverfahren unter keinen Umständen veranlassen" eine Abweichung von dem seit Jahrhunderten geübten Rechte, eine Verletzung aller hergebrachten Begriffe über die Pflichten des Staates und seiner Gerichte, welche möglichst bald wieder entfernt und durch den frühern Rechtszustand ersetzt werden muß, wenn Recht noch Recht bleiben soll. Ein nothwendiger Ausfluß des Grundsatzes, daß das Verbrechen von Staates wegen zu verfolgen sei, war es, daß auch die Gerichte, sobald ihnen bei anderweitigen Gelegenheiten ein Verbrechen zur Kenntniß kam, darüber von Amtes wegen eine Untersuchung veranlaßten, sei es, daß sie solche bei sich selbst eröffneten, wenn sie zugleich das zuständige Strafgericht waren, sei es, daß sie die Sache dem zuständigen andern Gerichte, im Kanton Zürich dem Criminalgerichte, überwiesen. So überwiesen die Civilgerichte sehr häufig die Civilprocesse zur Untersuchung, sobald sich darin ein Verbrechen oder dringender Verdacht eines solchen ergeben hatte. Diese von Amtes wegen eröffneten Untersuchungen oder gemachten Ueberweisungen waren um so zuverlässiger, als sie nicht von einer einzelnen Person oder von einem einzelnen Beamten, sondern von einem ganzen Gerichte erfolgten und daher eine größere Bürgschaft ihrer Begründetheit in sich trugen; dennoch hat das neue Gesetz sie unterdrückt. Man muß sich gewaltsam zurückhalten, um über derartige grundlose, die Gerechtigkeit schmälernde, von Niemanden verlangte Gesetzesneuerungen nicht bitter, sehr bitter zu werden! Forscht man nach dem etwaigen Grunde der Neuerung, ist die einzig mögliche Antwort, daß man dem durch die Staatsanwaltschaft zu vertretenden Anklagegrundsatz zu Gefallen die durch alle Staatsbehörden zu erstrebende Strafgerechtigkeit zurückgestellt habe, als ob die Staatsanwaltschaft der ausschließliche Vertreter und Bewahrer der Staatsinteressen wäre, was sie doch nicht ist und sein kann. Diesem innern Widerspruche des Gesetzes ist der anderweitige zu vergleichen,

daß derselbe Verletzte, welcher gemäß § 10 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren unter gewissen Voraussetzungen die Strafklage selbst betreiben darf, von jeder Theilnahme an den Verhandlungen vor den Geschwornen bis zur Schuldigerklärung des Angeklagten ausgeschlossen ist, wenn die Staatsanwaltschaft die Anklage führt. Eine traurigere und der Gerechtigkeit nachtheiligere Rolle kann es kaum geben, als diejenige, welche in diesen Fällen dem Geschädigten vor den Schwurgerichten zugetheilt ist, was Alle zugestehen werden, die sie zu sehen Gelegenheit hatten. Er darf keine Zeugen laden lassen, an die durch die Staatsanwaltschaft und den Angeschuldigten geladenen Zeugen keine Fragen stellen, welche dringende Veranlassung er immer dazu haben mag; er muß unbedingt ruhig bis zum Schlusse der Verhandlungen zuhören und darf erst, nachdem der Angeklagte durch die Geschwornen schuldig erklärt ist, seine Schadensersatzforderung stellen [1]). Unter allen und jeden Umständen muß hier dem Geschädigten wieder die Stellung und das Recht zurückgegeben werden, die er nach § 61 des organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege vor dem Criminalgerichte hatte und wornach er nach dem Staatsanwalte auch in seinem Civilinteresse das Nöthige über die gesammte Actenlage und die Beweisführung vortragen, Fragen stellen, selbst Untersuchungsvervollständigungen verlangen durfte. Diese bessere Stellung und dieses bessere Recht ist dem Geschädigten vor den Geschwornen nicht allein zur möglichst besten Wahrung seines Civilinteresses, sondern eben so sehr zur Förderung der reinen Strafklage, des Schuldbeweises an sich zu übertragen.

---

[1]) § 265 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren: „Wenn der Angeklagte schuldig erklärt worden ist, so verlangt der Staatsanwalt die Anwendung des Gesetzes und stellt, nöthigenfalls auch mit Beziehung auf Schadenersatz, seinen Antrag. In letzterer Beziehung steht auch dem Geschädigten selbst das (bisdahin völlig entzogene) Wort zu.“

b) die Staatsanwaltschaft ist zwar nicht gesetzlich, aber factisch mit Beziehung auf die Einleitung oder Nichteinleitung einer Untersuchung, auf die Stellung oder Nichtstellung einer Anklage völlig unabhängig, vollkommen souverän.

Wem die Freiheit und das Recht noch entfernt am Herzen liegen, sollte sich laut und unablässig gegen die Allgewalt erheben, welche durch die neue Gesetzgebung die Staatsanwaltschaft erlangt hat und die nach Umständen sehr mißbraucht werden kann. Es hängt jetzt ganz allein von der Staatsanwaltschaft, d. h. von dem Staatsanwalte oder dessen Substituten, also von einem einzelnen Beamten ab, ob gegen Jemand eine Untersuchung eingeleitet werden solle, ob und welche Anklage vor den Geschwornen gegen ihn gestellt oder wieder zurückgezogen werde, was ein wahrer Hohn auf alle republikanischen Grundsätze und Einrichtungen ist. Zur Belehrung mögen hier einige neueste auf die Nichteinleitung oder Niederschlagung einer Untersuchung bezügliche Verfügungen der Staatsanwaltschaft und eine verwandte statthalteramtliche Verfügung eingereiht werden.

I.

Auszug aus dem Protokoll der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 19. Januar 1854:

Bezüglich der Klage des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg gegen Herrn Gemeindeammann Hotz zu Hottingen, betreffend Betrug, ist Folgendes in Betracht zu ziehen:

1) Nach der Klage würde der dem Beschuldigten schuld gegebene Betrug darin bestehen, daß Herr Hotz gegenwärtig betrüglicher Weise behaupte, kein friedensrichterliches Zeugniß erhalten zu haben, und die Vorstellung im Pfandbuche auf andere Weise zu erklären sucht; —

2) abgesehen nun davon, daß Herr Hotz auch gegenwärtig den Empfang eines solchen friedensrichterlichen Zeugnisses bestreitet,

unter Berufung auf verschiedene Verhältnisse, welche seine Darstellung keineswegs innerlich unwahrscheinlich machen, liegt der entscheidende Gesichtspunct darin, daß im Wesentlichen gegen den Herrn Hotz nichts Anderes geltend gemacht wird, als die Bestreitung einer gegnerischerseits vorgebrachten factischen Behauptung im Civilprocesse; und daß — gesetzt, es sollte wirklich fragliche factische Behauptung objectiv ganz richtig sein — es bis jetzt gänzlich an irgend einem Anhaltspuncte gebricht, um diese Bestreitung als einen strafbaren Betrug aufzufassen:: —

demgemäß wird verfügt:

1. Die Klage des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg gegen Herrn Gemeindeammann Hotz in Hottingen, betreffend Betrug, wird hierorts nicht anhand genommen; —

2. Mittheilung an beide Parteien durch Protokollauszug.

II.

Auszug aus dem Protokoll der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 23. Januar 1854:

Mit Bezug auf eine Klage des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg Namens des Küfers Caspar Schärer von Hütten, dato wohnhaft in Altstetten, gegen seine Ehefrau Susanna, geb. Staub, wegen Versuch von Betrug, ist Folgendes in Berücksichtigung zu ziehen:

Abgesehen davon, daß in factischer Beziehung die Grundlage der vorliegenden Klage kaum zu demjenigen Grade von Wahrscheinlichkeit gebracht ist, der die Einleitung einer Criminaluntersuchung rechtfertigen würde, — da unter Anderm der Denunciant Schärer, wie dießseitiger Stelle aus einer gegen ihn geführten Procedur wegen fahrlässiger Tödtung seiner frühern Ehefrau wohl bekannt ist, einen durchaus ungünstigen Leumden genießt; während hin-

gegen die Angeschuldigte entschieden günstig beleumdet zu sein scheint; — gebricht es deßwegen an hinreichender Veranlassung zur Einleitung einer Criminaluntersuchung, weil gegenwärtig überall nichts weiter gegen sie vorgebracht wird, als die Aufstellung einer, der Schärer'schen entgegengesetzten Behauptung im Civil-, resp. Statusproceß; weitere Momente aber, welche die Anwendung des Begriffs von Betrug begründeten, gar nicht behauptet werden: : —

demgemäß wird verfügt:

1. Die Untersuchung wird sistirt; —

2. Mittheilung an das Statthalteramt Horgen und an den Denuncianten durch Protokollsanszug.

III.

Nach Einsicht einer Denunciationsschrift des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg, Namens des Herrn Kümmi in Wollerau, gegen Herrn Heinrich Streuli, Schiffmann in Käpfnach, wegen Begünstigung eines Diebstals, und nach Prüfung der eingesandten Acten und der seither erhobenen Einvernahmen,

hat das Statthalteramt:

Mit Rücksicht darauf, daß keine hinreichenden Gründe vorgebracht wurden, welche die Einleitung einer strafrechtlichen Untersuchung wegen Begünstigung rechtfertigen könnten, namentlich wenn in Betracht gezogen wird:

a) daß die von dem Denuncianten behauptete Verabredung zwischen Streuli und dem angeschuldigten Hiestand durch die Acten nicht nur nicht erwiesen, sondern geradezu widerlegt ist, indem namentlich mit vollständiger Gewißheit hervorgeht, daß sie sich ganz zufällig getroffen, einen bestimmten Kauf gar nicht abgeschlossen und sich überhaupt nicht, namentlich

Streuli, in auffallender oder verdächtiger Weise benommen haben;

b) der Umstand, daß Hiestand im Besitze eines von der hiefür bestellten Beamtung gefertigten Gesundheitsscheines sich befand, und dadurch also der Glaube, daß Hiestand im rechtmäßigen Besitze der Kuh sei, erzeugt und befestigt werden mußte; wobei dann auf die Behauptung des Damnificaten, daß der Gesundheitsschein dem Thiere in keiner Weise entsprochen habe, abgesehen davon, daß sie nicht erwiesen, wenig Gewicht zu legen ist, wenn einerseits berücksichtigt wird, wie beim Viehhandel dieß überhaupt nicht genau genommen wird, und anderseits, daß ja auch ein späterer Käufer das Thier auf den nämlichen Schein hin gekauft hat;

c) der von dem Damnificaten dem entwendeten Thiere beigelegte Werth nicht ohne weiters maßgebend ist, indem namentlich damit im Widerspruche steht die Schatzung des nachherigen Käufers, Herrn Metzger Schmid, der demselben einen Werth von höchstens 85 fl. beilegt;

d) die guten ökonomischen Verhältnisse des Streuli und der sehr günstige Leumund desselben;

e) das Benehmen desselben während der Untersuchung, das sofort abgelegte Geständniß und die von ihm zur Entdeckung des Thäters gemachten Anstrengungen: : —

verfügt:

1. Die Untersuchung wird sistirt; —

2. Mittheilung dem Denuncianten und dem Bezirksgerichte Horgen behufs Uebernahme der Kosten.

Allerdings kann man gegen die Verfügungen der Staatsanwaltschaft noch an die Justizdirection und zuletzt an den Regierungsrath nach §§ 9 und 6 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren recurriren:

allein einerseits sind solche Recurse zeitraubend und kostspielig und andererseits helfen sie in der Regel sehr wenig, so daß der That nach die außerordentliche Befugniß, über die Einleitung oder Nichteinleitung einer Untersuchung, Stellung oder Nichtstellung einer Anklage zu entscheiden, in die einzige Hand der Staatsanwaltschaft gegeben ist und alle übrigen Behörden und Beamten des Kantons nach § 3 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren darauf beschränkt sind, die ihnen auf amtlichem Wege bekannt gewordenen Verbrechen der Staatsanwaltschaft anzuzeigen. Offenbar geht, wohl schon zur Ersparung von Kosten, das Bestreben der Staatsanwaltschaft dahin, möglichst wenige Untersuchungen zu eröffnen. In dieser unnatürlichen und allgewaltigen Stellung darf die Staatsanwaltschaft nicht belassen werden; sie (mit Inbegriff der Statthalter), resp. die Einleitung oder Nichteinleitung iner Untersuchung muß wie früher wieder von den Gerichten, besonders dem Criminalgerichte oder der Anklagecommission, abhängig gemacht werden. Früher legte in Beobachtung des § 47 des organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege [1]) die Staatsanwaltschaft regelmäßig alle an sie eingelangten Denunciationen, resp. Untersuchungen dem Criminalgerichte zur Entscheidung der Frage über Anhandnahme oder Nichtanhandnahme vor und erledigte höchst selten diese Frage von sich aus; ähnlich verfahren die Statthalter mit den an die Bezirksgerichte gehörenden Denunciationen oder Untersuchungen. Dieses Verfahren war durchaus angemessen, vermied den Schein der Willkür und hatte nur das Unvollkommene, daß gegen die verneinende Entscheidung des Criminalgerichtes und der Bezirksgerichte wohl der Staatsanwalt, nicht aber auch der Geschädigte an das Obergericht recurriren konnte. Hatte in Gemäßheit des § 29 des organischen Gesetzes über die Strafrechts-

---

[1]) § 47: „In allen an das Criminalgericht gelangenden Fällen soll von diesem zuerst die Frage entschieden werden, ob hinlänglicher Stoff zu einer gerichtlichen Untersuchung vorhanden sei."

pflege [1]) ein Gericht die Ueberweisung eines Vergehens gemacht, konnte es gleichfalls gegen den abweisenden Beschluß recurriren. Die Stellung der Anklage, resp. die Fortsetzung der Untersuchung stand gleichmäßig bei der Staatsanwaltschaft, dem Kantonalverhöramte und dem Criminal-, resp. Obergerichte, insofern die Staatsanwaltschaft und das Kantonalverhöramt von sich aus den Antrag zur Versetzung in den Anklagezustand stellten oder zu dessen Stellung von dem Criminal-, resp. Obergerichte beauftragt wurden [2]). Sehr passend und nur der Ansicht entflossen, daß die Vollziehung der Strafrechtspflege die gemeinsame Aufgabe aller Staatsbehörden und **vorzugsweise der Strafgerichte** sei, war in dieser Beziehung gegenüber der Staatsanwaltschaft die Vorschrift des § 25 des organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege: „Auch das Obergericht und das Criminalgericht (nicht bloß der Regierungsrath, wie nach dem neuen Gesetze) können hinsichtlich eines in die Competenz des letztern fallenden Verbrechens, das zu ihrer Kenntniß gekommen ist, den Staatsanwalt auffordern, nach seinen Verpflichtungen die Einleitung der Untersuchung zu veranstalten.“ Fragt man, ob das

---

[1]) § 29: „Ist bei einer anderweitigen gerichtlichen Verhandlung ein Verbrechen oder Vergehen entdeckt worden, so wird das Gericht, insofern es competent ist, den Fall lediglich anhand nehmen; ist es nicht competent, so wird es denselben an das competente Gericht überweisen, und in beiden Fällen zugleich der betreffenden Vollziehungsbehörde davon Kenntniß geben.“

[2]) § 53 des organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege: „Sobald im Laufe der Untersuchung gegen irgend eine bestimmte Person ein bedeutender Grad von Verdacht sich ergibt, so wird das Gericht auf den dießfälligen Antrag des Verhöramts oder des Staatsanwalts die Versetzung in den Anklagezustand aussprechen. Hat schon die Voruntersuchung der Vollziehungsbehörden einen solchen Verdacht begründet, so wird der Staatsanwalt zugleich mit der Ueberweisung auf Versetzung in den Anklagezustand antragen und das Gericht bei der Anhandnahme darüber entscheiden.“

Obergericht und das Criminalgericht von diesem Rechte, die Staatsanwaltschaft zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten und dadurch zu bewirken, daß kein wirkliches Verbrechen ununtersucht und unbestraft bleibe, jemals einen ungeeigneten Gebrauch gemacht haben, wird gewiß allseitig und unbedingt zugestanden werden, daß dieses niemals der Fall gewesen sei. Obwohl nun alle frühern Einrichtungen und Vorschriften, deren Wesen darin bestand, daß die Einleitung der Untersuchungen und die Versetzungen in den Anklagezustand nicht allein von den Statthaltern und der Staatsanwaltschaft abhängen, sondern von den Gerichten zuletzt ausgehen und von ihnen sorgfältig überwacht werden sollen, sich vollständig bewährt und zu keinerlei ernstlicher Klage Veranlassung gegeben hatten, auch in das Leben und das Bewußtsein des Volkes durchgängig aufgenommen waren, wird plötzlich dennoch Alles zur Seite geschoben und eine allein handelnde und deßhalb allmächtige Staatsanwaltschaft eingeführt, was auf dem Gebiete der Strafrechtspflege und in dem republikanischen Staatsleben ein gleich großer, höchst bedauerlicher Rückschritt ist. Während so die Einleitung der Untersuchung und die Stellung der Anklage ausschließlich der Staatsanwaltschaft anheimgegeben wird, hat man in § 211 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren dem Angeklagten noch dazu jedes Rechtsmittel gegen die Anklage entzogen [1]), so daß dieser ganz macht- und rechtlos neben der Staatsanwaltschaft steht. Nicht in den zuletzt urtheilenden Geschwornen besteht eine gut und freisinnig eingerichtete Strafrechtspflege, sondern darin, daß in dem vorausgehenden Verfahren die Mittel und Wege gegeben seien, daß zwar stets der Schuldige, aber auch nur dieser

---

[1]) § 211: „Gegen den Beschluß der Anklagecommission kann die Staatsanwaltschaft innerhalb vier Tagen, von der Eröffnung desselben an gerechnet, bei dem Obergerichte Beschwerde erheben. Dem Angeklagten steht dieses Recht nur mit Beziehung auf die Competenz zu."

bestraft werde, in welcher letztern Hinsicht die Vertheidigung möglichst zu erleichtern ist und namentlich überall Rechtsmittel zu gestatten sind. Bis zu dem neuen Gesetze hatte man mit dem vollsten Rechte dem Angeschuldigten den Recurs gegen den Beschluß des Criminalgerichtes auf Versetzung in den Anklagezustand eingeräumt, das neue Gesetz schneidet auch diesen ab. Der Gewinn, welchen das neue Gesetz dem Angeschuldigten in der That bringt, löst sich bei näherer Betrachtung in den Verlust der Rechtsmittel des Recurses und der Appellation auf.

Um das hier über die jetzige übermächtige Stellung des Staatsanwaltes Gesagte und Geklagte in seinem vollen Umfange zu verstehen, muß ferner berücksichtigt werden, daß nach § 205 ff. des Gesetzes betreffend das Strafverfahren es allein auch von der Staatsanwaltschaft abhängt, welche Anklage sie bei der Anklagecommission, resp. den Geschwornen stellen wolle, und selbst die schon gestellte Anklage wieder zurückziehen oder fallen zu lassen. Nach vollständig vor den Geschwornen erfolgten Verhandlungen kann noch in dem Augenblicke, wo die den Geschwornen vorzulegenden Fragen gestellt werden, der Staatsanwalt die Anklage ganz oder theilweise fallen lassen, ohne daß das Gericht oder der Geschädigte ihn hieran in irgend einer Weise zu hindern vermag. Man erwäge, welche außerordentliche Macht über das Wohl und Wehe der Staatsbürger hier in der Hand eines einzigen Menschen ruht und wie leicht der ungehörige Gebrauch, der Mißbrauch ist. Der § 263 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren bestimmt zur Handhabung der wahren Gerechtigkeit: „Wenn das Gericht einstimmig der Ansicht ist, daß die Geschwornen sich zum Nachtheil des Angeklagten geirrt haben, so wird der Fall an ein zweites Schwurgericht gewiesen, dessen Wahrspruch dann dem Urtheil zu Grunde gelegt werden muß.“ In dem gleichen Geiste muß die Anklagecommission berechtigt und verpflichtet werden, die Anklageschrift zu vervollständigen und auszudehnen, sobald sie nach

den Voruntersuchungsacten einstimmig dazu Grund zu haben glaubt; die Staatsanwaltschaft hat vor den Geschwornen natürlich die Anklage so zu vertreten, wie dieselbe von der Anklagecommission vorgeschrieben worden ist. Ebenso muß das Schwurgericht berechtigt und verpflichtet werden, von sich aus oder nach dem Antrage des Geschädigten die Fragen des Schuldig noch zu stellen, obwohl die Staatsanwaltschaft die Anklage nicht stellen will oder hat fallen lassen. Nur wenn die Staatsanwaltschaft, der Geschädigte und das Schwurgericht über die Zurückziehung der Anklage übereinstimmen, darf dieselbe zugelassen werden, soll die Willkür nicht an die Stelle des Rechtes treten. Nachdem die Geschwornen das Schuldig ausgesprochen haben, stellt zwar die Staatsanwaltschaft zufolge § 265 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren den Strafantrag: allein schon jetzt erachtet das Schwurgericht sich nicht daran gebunden und erkennt diejenige, besonders auch höhere Strafe, welche es dem Gesetze entsprechend findet. Wie hier also das Gericht von Amtes wegen nach dem Gesetze und nicht nach dem Antrage der Staatsanwaltschaft handelt, muß dieses auch in anderer Richtung oder allgemein geschehen.

c) der Privatankläger besitzt häufig durchaus nicht die erforderlichen polizeilichen und ökonomischen Mittel, um die Klage anstellen und mit Erfolg durchführen zu können.

Ehe der Geschädigte die Strafklage betreiben darf, muß er nach § 10 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren für die Proceßkosten und für eine dem Angeklagten im Falle seiner Freisprechung zu leistende Entschädigung Caution bestellen, was nicht Jeder vermag und wodurch es kommen kann, daß das schwerste Verbrechen ununtersucht bleibt, weil der Geschädigte zu arm ist, um die Kosten der Anklage bestreiten zu können. In England haben sich deßhalb Vereine gebildet, welche auf ihre Kosten die Verbrecher anklagen lassen, oder die Gemeinden lassen für den armen Gemeindsangehörigen klagen und ver-

gleichen, was die Gerechtigkeitspflege zum Gegenstande der öffentlichen Unterstützung herabwürdigt und welcher Zustand in dem Kantone Zürich niemals einkehren möge. Jedes Verbrechen verletzt die Staatsordnung und daher soll und muß der Staat seiner selbst wegen es verfolgen und kann unmöglich abwarten, ob der Geschädigte die Lust und die Mittel haben werde, es zu thun. Unter allen Umständen aber fehlen dem Geschädigten die Hülfsmittel der Untersuchung, welche der Staat durch seine Polizeieinrichtungen in seiner Hand vereinigt und sofort nach allen Seiten zu gebrauchen vermag; die Untersuchung des Privatmannes ist nothwendig schwach und langsam, so daß in den meisten Fällen sie erfolglos sein muß.

(Fortsetzung folgt.)

IV.

1. Lehrverträge für Vögtlinge, um rechtsverbindlich zu sein, bedürfen nicht nur der Genehmigung des Vormundes, sondern auch des Waisenamtes.

2. Inwiefern kann der Meister für Forderungen aus dem Lehrlingsverhältnisse ein Retentionsrecht an den Sachen des Lehrlings ansprechen?

Ein fallliter Vater übergibt seinen Sohn einem Schuster in die Lehre auf drei und ein halbes Jahr gegen Bestimmung eines Lehrgeldes; nachdem der Lehrling in Folge dieses Vertrages bereits während 26 Monaten sich bei seinem Meister befunden hat, entfernte er sich von dem letztern und weigerte sich, wieder zu demselben zurückzukehren; der Meister verlangte deßhalb Entschädigung und es entstund nun die Frage:

1) ob der Vertrag, welchen der Vogt des Knaben — weil ohne seine und des Waisenamtes Zustimmung abgeschlossen — nicht als verbindlich anerkennen wollte, dennoch als für den Knaben gültig und als von dem Waisenamte durch 2½jähriges Zusehen stillschweigend genehmigt anzusehen sei? und

2) ob dem Meister für das stipulirte Lehrgeld und für Entschädigung wegen des Vertragsbruches ein Retentionsrecht auf die noch in seinem Besitze befindlichen Effecten des Lehrlings zustehe?

Die Civilabtheilung des Obergerichtes hat nun,

in Erwägung:

1) Daß ein Retentionsrecht des Recursen (des Meisters) an den fraglichen Gegenständen auf eine ihm angeblich wegen Nichthaltung des Lehrvertrages vom 4. August 1850 zustehende Entschädigungsforderung nicht begründet werden kann, und zwar

   a) deßhalb nicht, weil der Vertrag von dem falliten Vater des (Lehrlings) H. H. geschlossen wurde, während nach § 48 d des Vormundschaftsgesetzes zur Rechtsverbindlichkeit für den Zögling selbst der Abschluß eines Lehrvertrages durch den Vormund nicht genügt, sondern hiezu noch die Genehmigung des Gemeinderathes, beziehungsweise Waisenamtes hinzutreten muß, bloß daraus aber, daß H. H. sich längere Zeit beim Recursen aufgehalten hat, die waisenamtliche Genehmigung des vom falliten Vater geschlossenen Lehrvertrages noch nicht gefolgert werden kann, vielmehr hiezu noch weiter kommen mußte: erstens die Kenntniß des Waisenamtes von diesem Aufenthaltsort des Zöglings, und zweitens die Kenntniß desselben von dem Verhältniß, in Folge dessen der Knabe sich beim Recursen befunden hat, während hier weder in der einen, noch in der andern Beziehung Etwas vorliegt;

   b) abgesehen hievon, weil auch bei einem rechtsgültig eingegangenen Lehrvertrag weder das Polizeigesetz für Handwerksgesellen,

Lehrlinge u. s. w. vom 16. December 1844, noch ein anderes Gesetz bestimmt, daß dem Meister bei Nichthaltung des Lehrvertrages durch den Lehrling wegen seines Entschädigungsanspruches ein Retentionsrecht an den Sachen des Lehrlings, die dieser in dessen Haus gebracht hat, zustehe, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber ein Retentionsrecht nur angenommen werden könnte, wenn die Forderung mit der zu retinirenden Sache connex wäre, namentlich also wenn es sich um Kosten handeln würde, welche auf die Sache verwendet worden wären, was bei dem erwähnten Entschädigungsanspruch nicht zutrifft; —

2) daß dagegen, ausgegangen davon, daß der Lehrvertrag für den Knaben nicht verbindlich sei, und da dieser bei dem Recursen gewohnt hat, von Miethe die Rede sein kann, und so weit es sich nun um eine Miethzinsforderung für ein Jahr handelt, mit Hinsicht auf Stadt- und Landrecht Thl. X, § 38, S. 154 das Retentionsrecht begründet ist, in dieser Beziehung auch nicht angeführt werden kann, daß eine solche Forderung darum nicht vorhanden sein könne, weil der Vormund und das Waisenamt Namens des Vögtlings einen Miethvertrag nicht abgeschlossen haben, da die Wohnung zu den unentbehrlichen Lebensbedürfnissen gehört, dafür aber, daß der Vormund, beziehungsweise die Waisenbehörde anderweitig für eine Wohnung des Knaben gesorgt und dieß dem Recursen angezeigt haben, Nichts vorliegt; —

3) daß als Quantitativ des einjährigen Miethzinses nach Maßgabe der vorliegenden Verhältnisse, da der Knabe während des Tages sich in der Werkstätte des Recursen wird aufgehalten und sodann in dessen Wohnung eine Schlafstelle wird gehabt haben, höchstens der Betrag von 20 Fr. angenommen werden kann; —

4) daß für die Forderung wegen verabreichter Kost ein Retentionsrecht nicht besteht, und zwar weder nach positiver Bestimmung

noch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, worüber auf das in Erwägung 2 b Gesagte und die Recursalbescheide in Sachen Dubs c. Meier vom 15. Januar d. J. und in Sachen Hasler c. Gutmann vom 5. Februar d. J. verwiesen wird:: —

durch Stimmenmehrheit,

mit Bezug auf das Retentionsrecht im Allgemeinen, so wie hinsichtlich des Quantitativs der Miethzinsforderung,

beschlossen:

1. Sei der Recurs theilweise begründet, daher die recurrirte Verfügung dahin abgeändert, daß dem Recursen nur zustehe, so viel von den fraglichen Gegenständen des Heinrich Heiber zurück zu behalten, als zur Deckung des Betrages von 20 Fr. erforderlich ist, mithin die übrigen Gegenstände von dem Recursen an Kaspar Weber, Vormund des Heinrich Heiber, aushinzugeben seien; —

2. Seien die Kosten einstweilen von beiden Parteien zu gleichen Theilen zu tragen. (Recursalbesch. der Civilabtheilung vom 5. März 1853 i. S. Heiber.)

V.

Streitigkeiten über Eigenthum oder Pfandrechte an solchen Gegenständen, die in einem andern Kantone sich befinden als dem des Concursgerichtes, müssen vor den Richter des Kantons gebracht werden, in dem die Effecten liegen.

Das Bezirksgericht Zürich

hat

am 10. November 1852

in Sachen des Herrn alt Ammann Senn von Alleschweil, Kantons Aargau, Klägers, gegen Herrn Rudolf Stäheli-Koller in Affoltern

und mehrere andere Creditoren des in Concurs gerathenen J. J. Koller in Dietikon, Beklagte, betreffend Forderung aus Kauf, über die Rechtsfrage: Ob dem Kläger eine Forderung von 2625 Fr. als Kaufsrest und von 357 Fr. 29 Rpn. für ausgelegte Gerichts- und Advocaturkosten an J. J. Koller in Dietikon zustehe und ob er die von Koller beim Gemeindeammannamte Spreitenbach deponirten 2158 Fr. 33 Rpn. (1480 Fr. a. W.) an Zahlungsstatt beziehen dürfe?

da sich ergeben:

A. Im Auffalle des J. Jakob Koller zur Krone in Dietikon habe Kläger die in der Rechtsfrage bezeichneten Forderungen angemeldet; die Beklagten dagegen haben dieselben, so wie das angesprochene Recht auf die 2158 Fr. 33 Rpn. protestirt, worauf mit Weisung der Notariatskanzlei hierorts ein Proceß eingeleitet worden sei; —

B. In dem nämlichen Auffalle habe auch Herr Fürsprech Friedrich Bürli in Baden 509 Fr. 19 Rpn. gefordert und dabei ein Eigenthumsrecht an die 2158 Fr 33 Rpn geltend gemacht, gestützt auf einen Cessionsschein des Koller vom 8. März 1852, mit welchem er den fraglichen Betrag dem Herrn Bürli für bereits ausgelegtes Geld, Proceßkosten und sonstige Auslagen abtrete mit der Erklärung, daß er den Mehrbetrag bereits empfangen habe; diese Ansprachen seien von den nämlichen Koller'schen Creditoren und überdieß von Herrn Senn protestirt worden, so daß hierüber gleichfalls Weisung ausgefertigt worden sei; —

C. Weder in dem vorliegenden Processe noch in demjenigen des Herrn Bürli haben die Parteien einläßlich verhandelt; sie haben sich hauptsächlich auf dem Standpunct einer formellen Frage, nämlich derjenigen über Gerichtszuständigkeit gehalten, ohne übrigens genügendes Licht in den thatsächlichen Sachverhalt zu bringen; in dieser Beziehung habe Kläger vorgebracht: Koller habe von Jakob Halter auf dem untern Schönenberg, Gemeinde Berg-Dietikon, ein Heimwesen gekauft; nach aargauischen Gesetzen dürfe nun, wenn eine Baarzahlung ver-

sprochen worden, der Kauf nicht zugefertigt werden, bis jene geleistet sei; anfänglich habe nun Koller, der 1600 Fr. a. W. hätte bezahlen sollen, erklärt, es sei ihm dieß nicht möglich, später habe er aber 1480 Fr. beim Gemeindeammannamte Spreitenbach deponirt, allein unmittelbar nachher sei der Verkäufer Halter in Concurs gerathen; in demselben habe er, Kläger, einige Forderungen angemeldet und sich zur Fortsetzung des beim Bezirksgerichte Baden gegen Koller anhängigen Processes erklärt, welcher Proceß dann am 13. April d. J. sistirt worden sei; nun verlange er die Summe, welche an den Halter'schen Kauf sei bezahlt worden, heraus; zwar habe Herr Fürsprech Ehrhardt am letzten Tage der zehntägigen Bedenkzeit im Koller'schen Concurse verlangt, daß das Depositum zu den Activen des Concurses gezogen werde, allein dieses Begehren hätte bei der Collocation angebracht werden sollen und sei jetzt verspätet; wenn das Gericht diese Ansicht für richtig halte, so ziehe er die Forderung im Concurse zurück, gewärtigend, in Baden belangt zu werden, so wie er auch damit einverstanden sei, daß der Proceß des Herrn Bürli in Baden ausgemacht werde; —

D. Die Beklagten behaupten, es sei das Depositum als ein Activum der Auffallsmasse des Koller zu betrachten, indem der Depositar dasselbe noch auf den Namen des Cridars besitze; sie bestreiten, theils in dieser Hinsicht Etwas verwirkt zu haben, theils daß Kläger als Rechtsnachfolger des Halter anzusehen sei und ihm ein Recht an das fragliche Activum zustehe, demnach fordern sie, daß das Gericht den fraglichen Betrag zur Masse ziehe, was es schon von Amts wegen thun könne; übrigens seien auch sie einverstanden, daß zunächst die Vorfrage über die Competenz entschieden werde; —

E. Bei diesen Verhandlungen seien weiter keine Belege eingelegt worden, als:

1) ein Schreiben des Herrn Gemeindeammann Wiederkehr in Spreitenbach vom 13. September 1851 an Herrn Fürsprech Baldinger in Baden, dahin lautend:

„Wir geben Ihnen anmit Kenntniß, daß bei der Wegfertigung des Hofes Heitersberg von Herrn Koller zur Krone in Dietikon an Herrn Philipp Iringer von Rohrdorf auf die rechtliche Eingabe des Herrn Ammann Senn von Allischweil Namens Jakob Halter auf dem Schönenberg 1480 Fr. deponirt worden sind, welche theils bei unterzeichnetem Gemeindeammann und noch Etwas beim Käufer Iringer liegen; dieses Geld wird, sobald Käufer dasselbe vervollständigt hat, beim Tit. Gerichtspräsidium in Baden deponirt werden“;

2) eine Bescheinigung der Gerichtskanzlei Baden, daß Herr Senn als Creditor des Halter den Proceß gegen Koller fortsetze; —

F. Bei der Unklarheit dieser Sache und weil das Gericht auch von Amts wegen die Interessen der Concursmasse zu wahren habe, sei das Bezirksgericht Baden um Einsendung der dortseitigen Proceßacten angegangen worden, allein dasselbe habe geantwortet, es könne nicht entsprechen, weil aus Civilprocessen überhaupt und so auch hier keine Acten seinem Archive einverleibt werden, sondern dieselben lediglich den Parteien angehören, die sie nach Beendigung des Processes zurückbeziehen; —

G. Auf dieses hin habe dießseitiges Gericht dem Kläger eine Frist angesetzt, um die in seinen Handen liegenden Proceßacten einzureichen, ansonst angenommen würde, er anerkenne die Competenz der hiesigen Gerichte in dem vorliegenden Processe; —

H. Der Kläger habe nun theils eine von Herrn Fürsprech Balbinger in Baden für ihn als Vormund des Jakob Halter abgefaßte Klage beim Bezirksgerichte Baden in Sachen gegen Koller, theils verschiedene Verhandlungen vor Gericht eingelegt; die Klage enthalte wesentlich Folgendes: Halter habe am 18. December 1850 seine Liegenschaften und einen Theil der Fahrhabe dem Koller für 5500 fl. verkauft, der Vertrag sei niedergeschrieben und Käufer unter Anderm verpflichtet worden, 1000 fl. in die Fertigung zu bezahlen; auf den

30. Januar sei die Fertigung ausgeschrieben worden, allein Koller sei nicht erschienen und habe um Aufschub gebeten, weil er kein Geld habe; als aber der 12. Februar zur Fertigung sei angesetzt worden, sei Koller neuerdings ausgeblieben, worauf rechtliche Schritte gegen ihn gethan worden seien, jedoch erfolglos; übrigens habe Koller einerseits bereits 120 fl. an den Kauf bezahlt, anderseits die Kaufsobjecte selbst wieder zum Verkaufe ausgeboten; dann werde geschlossen, Koller möchte verpflichtet werden: erstens sich den Kauf zufertigen zu lassen und demgemäß sowohl die in die Fertigung fälligen 1000 fl. zu entrichten, als die auf Maitag 1851 fällig gewordenen und mit Martini 1851 fällig werdenden Prästanden zu erfüllen, unter zugestandenem Abzug der schon bezahlten 120 fl.; zweitens dem Kläger für allen erweislichen, durch die Fertigungsweigerung verursachten Schaden vollen Ersatz zu leisten; die Protokolle über die Verhandlungen in Baden, welche übrigens, wie die Acten des Processes des Herrn Bürli zeigen, nicht alle eingereicht seien, enthalten nichts Erhebliches für den Proceß, indem dieselben sich lediglich um Incidenzpuncte drehen; überhaupt sei aus den Acten und denjenigen im anderm Processe nur ersichtlich, daß anfänglich der Proceß von Herrn Senn als Vormund des Halter und nachher im eigenen Namen geführt und am 13. April in Folge des Concurses des Koller sistirt worden sei:: —

in Erwägung:

1) Daß, obwohl die Frage über Gerichtszuständigkeit in der Regel summarisch abgehandelt wird, bei der Sachlage dieses Processes und da auch die Parteien damit einverstanden sind, es zweckmäßig erscheint, durch Zwischenurtheil zu entscheiden, ob die hiesigen Gerichte zur Erledigung der vorliegenden Rechtsfrage competent seien, zumal wenigstens kein Gesetz dieses Verfahren verbietet und beim contradictorischen Verfahren eine Prüfung der Verhältnisse einläßlicher und strenger stattfinden kann; —

2) daß zwar gesagt werden könnte, der Kläger habe, indem er seine

Ansprache im Auffalle angemeldet und auf den Proceß hier eingetreten sei, die dießseitige Competenz anerkannt und es stehe ihm noch frei, den Abstand vom Processe zu erklären und die Verfolgung seines Rechtes bei dem Gerichtsstande der belegenen Sache zu verfolgen, wenn er die hiesigen Gerichte nicht für competent halte, wogegen jedoch zu bemerken wäre, daß der Kläger den Risico bei einer Unterlassung der Geltendmachung seiner Forderung im Concurse leicht einsehen konnte und daher vorziehen mußte, es dem hierseitigen gerichtlichen Entscheide anheimzugeben, ob in der Sache wirklich hier verhandelt werden soll, zumal eine Fortsetzung des Processes in Baden kaum den gewünschten Zweck mehr für ihn hätte, da die Verpflichtung des Koller zur Fertigung des Kaufes, wenn sie überhaupt existirt, nur eine persönliche ist, mithin seine Creditoren nicht für dieselbe einzustehen haben, die Frage aber, ob der Betrag des Depositums noch Koller'sches, resp. Massagut oder bereits an den oder die Rechtsnachfolger des Halter übergegangen sei, um so eher hier erledigt werden kann, als eigentlich Koller selbst berechtigt gewesen wäre, zu verlangen, daß er an seinem Wohnorte belangt werde, und überhaupt weder das Concursgericht noch ein anderer Creditor desselben außer dem Kläger das Activum reclamirt; —

3) daß Kläger auch nicht bloß etwa gewärtigen kann, ob man ihn an seinem Wohnorte belangen wolle, da hiezu am wenigsten Grund vorhanden wäre, wohl aber alle Ursache für das Concursgericht vorliegt, das Depositum zur Masse zu verlangen, weil
   a) der Kauf zwischen Halter und Koller eben streitig war, obwohl man aus den gegenwärtig vorliegenden Acten den Streitpunct nicht genau ersieht;
   b) die Fertigung des Kaufes, somit ein Eigenthumsübergang, mit welchem eine Zahlungspflicht correspondiren würde, noch nicht stattgefunden hat;

c) der Kläger bisanhin nicht nachgewiesen hat, daß er überhaupt ausschließlichen Anspruch auf das Activum zu machen habe; —

4) daß nach dem Gesagten und weil dem Kläger nicht etwa das Concordat vom 7. Juni 1810, bestätigt den 8. Juli 1818 (off. eidg. Samml. Bd. I, S. 285), zu statten kommt, da er lediglich eine persönliche Klage auf Erfüllung hat und eine dingliche Klage ihm nicht zusteht, — die Klage am rechten Orte angebracht und daher auch hier fortzusetzen ist, wobei zur Zeit auf das Materielle noch in keiner Weise eingetreten werden kann, weil die Klage selbst noch nicht begründet worden ist:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Sei die im Eingange aufgestellte Rechtsfrage im Wege des Concursprocesses von den hiesigen Gerichten zu erledigen und haben daher die Parteien bei der nächsten Tagfahrt sich auf die Sache selbst speciell einzulassen; —

2. Trage Kläger die Kosten dieses Zwischenurtheils.

In Folge der von Kläger gegen dieses Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann die Civilabtheilung des Obergerichtes unterm 19. Februar 1853,

in Erwägung:

1) Daß gegenwärtig nur die Frage zur Entscheidung vorliegt, ob für den dießfälligen Proceß die Competenz des Bezirksgerichtes Zürich als des Auffallsgerichtes begründet, der Proceß daher als Pendenz des Koller'schen Auffalles zu behandeln sei; —

2) daß zwar der Kläger selbst diese Competenz bestreitet und deßhalb in Frage kommen könnte, ob nicht die Geltendmachung seiner Ansprache im Widerspruche stehe mit seinem eigenen Begehren und ihm daher lediglich zu überlassen sei, die Klage bei dem Gerichte anzubringen, welches er selbst für das competente hält, hierauf jedoch nicht abgestellt werden kann, da allerdings die

Durchführung des Concurses dem Kläger, wenn er seine Ansprache darin nicht anmelden würde, möglicher Weise für den Fall, daß das Concursgericht das streitige Activum zur Masse ziehen und zur Entscheidung über darauf geltend gemachte Ansprachen sich für competent halten würde, nachtheilige Folgen bringen könnte, und deßhalb ein rechtliches Interesse des Klägers, die Ansprache bei dem Concursgerichte geltend zu machen und die Competenzfrage zum Entscheide zu bringen, um dann je nach dem Ausfallen desselben in geeigneter Weise handeln zu können, hergestellt ist; —

3) daß für Entscheidung der Competenz vorerst in Frage kommt, welches die rechtliche Natur der klägerischen Ansprache sei, und nun, so weit die Acten hierüber Aufschluß geben, Kläger in dem Auffalle zwar zunächst eine persönliche Forderung, gerichtet wie es scheint auf Bezahlung des Kaufspreises für verkaufte Liegenschaften, resp. Entschädigung wegen Verletzung des Kaufvertrages, angemeldet hat, hiefür aber das Recht geltend macht, vor andern Creditoren aus der bei dem Gemeindeammannamte Spreitenbach von Koller deponirten Summe sich bezahlt zu machen, somit ein auf die fragliche Summe bezügliches dingliches Recht, das wohl als bedingtes Eigenthum aufzufassen ist, da es auf die Behauptung sich stützen muß, Koller habe bei Deposition der Summe, beziehungsweise für den Fall, daß er zu Bezahlung derselben rechtlich angehalten werden könnte, durch Vermittlung des Gemeindeammannamtes Eigenthum daran an den Kläger übertragen und könne daher nach Erfüllung dieser Bedingung der Kläger von dem Gemeindeammannamt Einhändigung der Summe verlangen; —

4) daß hienach — zumal Kläger auch ausdrücklich erklärt, er mache seine Forderung im Concurse nur geltend mit Rücksicht auf die deponirte Summe für den Fall, daß dieselbe in den Concurs

gezogen werde — seine Ansprache in der Weise, wie sie gestellt worden, dem Wesen nach als eine dingliche, auf diese Summe gerichtete erscheint und daher zunächst in Frage kommt, ob das Object derselben, die fragliche Summe, als Bestandtheil der Concursmasse gelten müsse, indem — wenn dieses nicht der Fall wäre — der Streit über die Ansprache nicht Auffallspendenz sein könnte; —

5) daß nun allerdings, da einstweilen das Gemeindeammannamt die Summe noch für den Deponenten Koller und in dessen Namen im Besitze hat, angenommen werden muß, es gehöre dieselbe vorläufig, bis dritte Personen ihr besseres Recht daran herstellen, in die Concursmasse und sei, auch wenn dieß noch nicht geschehen sein sollte, in das Verzeichniß der Activen aufzunehmen, indem hiefür nur der Besitz durch den Cridaren maßgebend sein kann und die Behauptung des Klägers, es hätte das Begehren, das Activum in die Concursmasse zu ziehen, schon bei der Collocation gestellt werden sollen und könne später nicht mehr nachgeholt werden, völlig unerheblich ist, da das Gericht von Amtes wegen neu entdeckte Activen herbeiziehen soll und mit der Masse des in der Durchführung begriffenen Concurses vereinigen kann, so lange dieß, was hier jedenfalls eintritt, ohne wesentliche Nachtheile für das im Gange begriffene Verfahren möglich ist; —

6) daß hienach die Competenz des Auffallsgerichtes begründet wäre, wenn nicht der Umstand, daß die Summe im Kanton Aargau liegt und deßhalb das Concordat betreffend Effecten von Falliten, die in einem andern Kanton liegen, vom 7. Juni 1810 (bestätigt den 8. Juli 1818) zur Anwendung kommt, hinzutreten würde; —

7) daß nun nach Art. 1 dieses Concordates alle einem Falliten zugehörigen Effecten in die Hauptmasse fallen, sie mögen liegen wo sie wollen, somit auch hier dem Herbeiziehen des fraglichen Activums zur Concursmasse Nichts im Wege steht; nach Art. 2 b

aber der Streit über Eigenthum oder Pfandrechte an solchen Gegenständen, die in einem andern Kanton sich befinden als dem des Concursgerichtes, vor den Richter des Kantons gebracht werden soll, in dem die Effecten liegen, wobei die von dem Bezirksgerichte in dem Processe Bürli c. Koller'sche Creditoren aufgestellte Ansicht, als ob dieser Art. 2 des Concordates nur auf Gegenstände sich beziehe, die im Besitze des Ansprechers als Pfand sich befinden, was aus der Ueberschrift des Concordates sich ergeben soll, keineswegs richtig erscheint, vielmehr der Art. 2 des Concordates, wie schon der Zusammenhang mit Art. 1 ergibt und auch die Praxis stets angenommen hat (vgl. z. B. Schauberg, Beitr. Bd. X, S. 226), auf alle Gegenstände sich beziehen will, die zur Concursmasse gehören, sei dieß weil der Cridar anerkanntes Eigenthum oder auch Besitz daran hatte, die Ueberschrift des Concordates aber hiegegen um so weniger in Betracht fallen kann, als sie, wie schon Art. 1 zur Genüge zeigt, augenscheinlich zu enge gefaßt ist und nur den praktisch wichtigsten Fall der Anwendung hervorheben will; —

8) daß, da nach dem bereits Gesagten die Ansprache des Klägers als eine dingliche geltend gemacht werden will und der Streit darüber als ein Streit über Eigenthum aufzufassen ist, Art. 2 des Concordates für den vorliegenden Fall die Competenz der aarganischen Gerichte begründet, in dem Sinne, daß das Urtheil des competenten aarganischen Gerichtes für die Concursliquidation mit Hinsicht auf das fragliche Activum maßgebend wird; —

9) daß dieses Resultat auch noch wesentlich dadurch unterstützt wird, daß der Kauf, aus dem die Ansprache herrührt, nach aarganischem Rechte zu beurtheilen ist und nach aarganischer Rechtsansicht, wie aus den Acten sich zu ergeben scheint, die Klage aus dem Kauf von Liegenschaften überhaupt einer dinglichen Klage gleichgestellt und an das Gericht gewiesen wird, in dessen Kreis die

verkauften Liegenschaften sich befinden, weßhalb denn auch der bereits über diesen Kauf angehobene, jetzt sistirte Proceß bei dem Bezirksgerichte Baden pendent ist und sich fragen kann, worüber die Acten nicht genügenden Aufschluß geben, ob nicht die jetzt im Concurse geltend gemachte Ansprache des Klägers identisch sei mit der in jenem Processe eingeklagten, was — wenn es der Fall ist — ebenfalls dazu führen müßte, die Competenz des aargauischen Gerichtes zu begründen; —

10) daß, da der Kläger selbst die Veranlassung zu der Verhandlung gegeben hat, zu Bestimmung einer Proceßentschädigung kein genügender Grund vorhanden ist:: —

durch Präsidialentscheid,

gegenüber einem Antrage, die Kosten den Parteien zu gleichen Theilen aufzulegen, im Uebrigen mit Einmuth

gefunden:

Sei die Appellation des Klägers begründet, und demnach

erkannt:

1. Sei die Competenz des Bezirksgerichtes Zürich nicht begründet und sei das letztere angewiesen, die Klage dem Bezirksgerichte Baden zur Behandlung und zum dereinstigen Berichte über die Art und Weise der Erledigung zu übermachen; —

2. Seien die erst- und zweitinstanzlichen Kosten dem Beklagten aufgelegt.



VI.

Ueber die exceptio rei venditæ et traditæ.

Das Bezirksgericht Hinweil
hat
am 9. September 1852
in Sachen des Herrn Procurator Billiter in Wetzikon, Namens a) der Erben des Herrn J. J. Huber in Stäfa, b) des Herrn Secundarlehrer Hug in Küsnacht, c) des Herrn Gemeindeammann Hottinger in Bubikon, des Herrn Civilpräsidenten Johannes Schultheß in der Pösch bei Bubikon für sich und die sämmtlichen übrigen Streitgenossen, Kläger, und des Johannes Wirz, Fallit, am Bühl bei Bubikon, und seiner Ehefrau Margaretha, geb. Wild, Letztere bevogtet mit Herrn Johannes Knecht in Wolfhausen bei Bubikon, Beklagten, betreffend Vindication,
da sich ergeben:

A. Im Jahr 1840 sind in dem Concurse eines Caspar Huber am Bühl bei Bubikon durch einen 525 fl. haltenden Schuldbrief eine große Anzahl von Personen geschreit worden und haben in Folge dieser Geschreiung den Zug gethan; das wesentlichste Zugsobject ist in einem zu Bühl bei Bubikon gelegenen Heimwesen bestanden; unter den Mitgeschreiten hat sich auch Jakob Holder von Bubikon befunden, der im Jahr 1847 in Concurs gerathen ist, dessen Antheile an dem fraglichen Heimwesen durch den in seinem Concurse gemachten Zug an die Erben des Herrn J. J. Huber von Stäfa übergegangen sind; —

B. Die Beklagten sind im Besitze dieses Hauses, Gartens und Hanflandes, wie sie behaupten in Folge eines Kaufvertrages zwischen den Eigenthümern und Conrad Pünter, vom Jahr 1842, und eines solchen auch vom Jahr 1842 zwischen Pünter und Wirz;

beide Verträge sind aber notarialisch nicht gefertigt, Pünter und Wirz sind inzwischen Falliten geworden; —

C. Das in Fact. Nr. 1 erwähnte Capital ist seither durch die notarialischen Schuldner abbezahlt, resp. der Schuldbrief, so weit er auf Herrn Gemeindeammann Hottinger und Frau Huber in Bubikon haftet, die ihre Raten mit den übrigen Einzinsern nicht abbezahlt haben, an Herrn Procurator Billiter abgetreten worden; —

D. Die Kläger verlangen nun Räumung der Fact. Nr. 2 erwähnten Liegenschaften durch die Beklagten und führen zur Begründung dieser Klage an: Sie berufen sich für ihr Eigenthum auf die beiden Zugbriefe in Caspar Hubers und Holders Concurs, und sodann auf den Besitz der Beklagten, wodurch ihre Vindicationsklage fundirt sei; die Beklagten, fügen die Kläger bei, können sich auf die Einrede der gekauften und tradirten Sache nicht berufen, denn sie bestreiten den Abschluß der behaupteten Verträge und die Art und Weise derselben; diese Verträge wirken ihnen gegenüber nicht, da sie zu den Beklagten in gar keinem obligatorischen Verhältnisse stehen; diese Einrede stände den Beklagten nur gegen Pünter zu; dazu komme: Pünter sei schon vor einigen Jahren in Concurs gekommen, Wirz habe darin aber eine Forderung nicht angemeldet; die Käufer haben ihrerseits nicht erfüllt, namentlich auch das Capital, das auf dem Kaufsobjecte gehaftet habe, nicht einmal verzinset; Herr Huber in Stäfa sei erst im Jahr 1847 und entgegen seinem Willen Eigenthümer geworden, ihm gegenüber können sich die Beklagten nicht auf einen Vertrag vom Jahr 1844 stützen; der Frau Wirz stehe vollends jene Einrede nicht zu; —

E. Die Beklagten erwiedern: Die Kläger, resp. ihre Rechtsvorfahren (für die Huber'schen Erben Holder) haben die in Frage stehenden Liegenschaften auf öffentlicher Gant an Conrad Pünter für 275 fl. verkauft und Pünter etwas später an Wirz für 675 fl., beide Käufer haben an den Verkäufer den Preis bezahlt; sie wollen die Existenz des ersten Vertrags beweisen, für den letztern berufen sie

sich auf den Vertrag vom 17. December 1842, Act. Nr. 8, wonach der Verkäufer das Kaufsobject für „ledig und eigen" zusichert und den Kaufspreis wirklich empfangen haben will; der Klage stehe daher allerdings die Einrede der gekauften und tradirten Sache entgegen, die sich stütze auf ein den Eigenthumsübergang bezweckendes Rechtsgeschäft, und jene müsse daher abgewiesen werden, wie denn auch Pünter und seither sie, die Beklagten, diese Liegenschaften seit einer Reihe von Jahren ungestört besessen haben; Alles dieses gelte auch gegen die Huber'schen Erben, deren Vorfahren sich schon unter den Geschreiten befunden haben, übrigens ihre Rechte nur aus dem des frühern Mitgeschreiten Holder ableiten; eventuell widersetzen sie sich der Vindication und behaupten, es stehe ihnen und ihrem Vorfahren Pünter eine Forderung für nothwendige Verwendungen zu, bis zu deren Berichtigung sie die fraglichen Grundstücke retiniren dürfen; Pünter habe 400 fl. darauf verwendet, was sich vorläufig aus der Größe des Kaufspreises ergebe und sie nöthigenfalls besser beweisen wollen; sie machen auch diese Forderung geltend, Pünter sei ihnen nämlich aus diesem Kaufvertrage und für erfolgende Eviction verantwortlich; sie verlangen jenen Betrag zu Handen der Creditorenmasse des Pünter und sodann Concurs darüber; es sei gleichgültig, ob sie im Concurse des Pünter eine Eingabe gemacht haben oder nicht; auch Wirz habe auf diese Liegenschaften mindestens 100 fl. verwendet und dadurch den gemeinen Werth derselben erhöht; die Frau Wirz sei zu dieser Einrede in ihrer Stellung als Creditorin ihres Ehemannes legitimirt; —

F. Die Kläger erwiedern: Ein Vertrag zwischen ihnen und Pünter sei nie zu Stande gekommen, da Pünter namentlich den Kaufspreis nicht habe bezahlen können; es sei nicht wahr, daß Herr Huber oder nunmehr seine Erben seit 1840 bei dieser Sache betheiligt seien; sie leiten ihre Rechte nicht von Holder, sondern aus dem ihnen seiner Zeit zugesicherten Pfandrechte ab; sie bestreiten, daß Pünter und Wirz die behaupteten Verwendungen gemacht haben; übrigens

excipiren die Beklagten in ersterer Beziehung aus dem Rechte eines Dritten; eventuell fordern die Kläger einen Miethzins seit 1844; die Beklagten bestreiten diese Miethzinsforderung; —

G. Die Beklagten haben den Beweis dafür anerboten, daß die im Concurse des Huber im Jahr 1840 Geschreiten die jetzt in Frage stehenden Liegenschaften an den Mitgeschreiten Conrad Pünter für 275 fl. auf öffentlicher Gant verkauft und der Käufer die Kaufsobjecte dann sofort in Besitz genommen habe, und sich hiefür auf neun bei der Verhandlung vom 16. April dieses Jahres angegebene Zeugen berufen: : —

in Berücksichtigung:

1) Die Einrede der gekauften und tradirten Sache steht den Beklagten nicht zu, indem sie aus dem Vertrage zwischen den Klägern und dem fallliten Pünter, gesetzt auch, er würde bewiesen, weder Rechte noch Pflichten ableiten können; —

2) der Kaufvertrag zwischen Pünter und dem Beklagten berührt aber die Kläger nicht, vielmehr steht den Beklagten dießfalls lediglich eine Einrede aus Kauf zu, allein auch diese berechtigt sie nicht, die Contractsklage des Pünter den Klägern gegenüber in Form einer Einrede geltend zu machen, auch liegt in dieser Beziehung außer Zweifel, daß die Beklagten, gesetzt auch, es stände ihnen die Geltendmachung der Forderung des Pünter gegen die Kläger zu, ein Retentionsrecht für diese Forderung nicht beanspruchen können, wie denn auch Pünter selbst, wenn er jetzt jene Forderung einklagen würde, dasselbe darum nicht geltend machen könnte, da er das Object der Vindication nicht mehr besitzt; —

3) es bleiben diesem nach die Rechte des Pünter oder seiner Creditorenmasse oder einzelner Gläubiger, welche dieselben betreiben wollen, vorbehalten; —

4) die Beklagten sind im Uebrigen Besitzer im guten Glauben und

müssen für so lange als solche behandelt werden, so lange sie durch das klägerische Begehren nicht in Verzug gesetzt worden; der Besitzer im guten Glauben muß nun aber keine percipirte oder vernachlässigte Früchte ersetzen, wohl aber von dem Tage an, von dem er sich im Verzuge befindet; —

5) der Besitzer in gutem Glauben hat eine Forderung für nothwendige und nützliche Verwendungen gegen den Vindicanten; die Beklagten behaupten nun, ihre Verwendungen haben den gemeinen Werth der Vindicationsobjecte erhöht; —

6) die Acten sind sonach noch unvollständig:

a) betreffend diese Verwendungen, deren Qualität, Nothwendigkeit oder Nützlichkeit;

b) betreffend die Zeit des Verzuges der Beklagten;

c) betreffend die Größe der civilen und natürlichen Früchte des Vindicationsobjectes während dieses Verzuges;

es ist daher in diesem Sinne das Beweisverfahren einzuleiten:: —

beschlossen:

1. Den Beklagten ist der Beweis dafür auferlegt, daß sie auf die vindicirten Liegenschaften 100 fl. verwendet haben, daß diese Verwendungen nothwendig und nützlich gewesen seien; —

2. Die Beklagten haben vor Production der Beweismittel ein Verzeichniß dieser Verwendungen dem Gerichte einzugeben, und zwar binnen der Frist von zehn Tagen, vom Empfange dieses Beweisdecretes an gerechnet, widrigenfalls Verhandlung hierüber angeordnet, die dießfälligen Kosten aber den Beklagten überbunden würden; —

3. Den Klägern ist dieselbe Frist und unter derselben Androhung angesetzt, um sich darüber zu erklären, seit wann sich die Beklagten im Verzuge befinden und wie viel Zins sie für die Benutzung der Vindicationsobjecte während dieses Verzuges der Beklagten per Jahr fordern; —

4. Mittheilung an die Parteien.

In Folge der von den Beklagten gegen das bezirksgerichtliche Urtheil, in welches der vorgehende Beschluß aufgenommen war, ergriffenen Appellation hat sodann die Civilabtheilung des Obergerichtes unterm 10. September 1853,

in Erwägung:

1) Daß, da die Kläger unbestrittenermaßen das Eigenthum an dem vindicirten Heimwesen durch notarialische Zufertigung erworben haben, die Beklagten aber im Besitze desselben sich befinden, ohne für den Kauf, in Folge dessen sie diesen Besitz erlangt zu haben behaupten, notarialische Fertigung vorweisen zu können, die Vindication als begründet erscheint, insofern nicht die derselben entgegengestellte Einrede der verkauften und tradirten Sache (exceptio rei venditæ et traditæ), darauf gestützt, daß die Kläger selbst oder Rechtsvorfahren derselben, an deren Stelle sie getreten, das Heimwesen dem Conrad Pünter und dieser dem Beklagten Wirz verkauft habe, sich rechtfertigt und die Beklagten in ihrem Besitze schützt; —

2) daß nun zwar unzweifelhaft anzuerkennen ist und von der Praxis auch entschieden anerkannt wird, daß der Besitzer, der unmittelbar von dem vindicirenden Eigenthümer das streitige Grundstück gekauft und den Besitz desselben, aber ohne notarialische Zufertigung, erlangt hat, die Klage des Vindicanten, der ja selbst persönlich verpflichtet ist, den Besitz dem Käufer zu überlassen und das Grundstück demselben zuzufertigen, mit der auf diese persönliche Verpflichtung des Klägers sich stützenden Einrede zurück weisen kann und dasselbe auch da gelten muß, wo Kläger oder Beklagter Universalsuccessoren des Verkäufers oder Käufers sind, dagegen ein solches Recht des Beklagten zweifelhaft erscheint in den Fällen, in denen, sei es der Kläger mit notarialischer Zufertigung Singularsuccessor des Verkäufers ist, von dem der Beklagte seinen ohne Zufertigung erlangten Besitz herleitet, oder der Beklagte wiederum ohne Zufertigung als Singularsuccessor des ersten Käufers seinen Besitz

erlangt hat, indem in diesen Fällen die Parteien zunächst — abgesehen von einer allfälligen Cession der obligatorischen Rechte, die jedenfalls speciell nachzuweisen wäre — in keinem obligatorischen Nexus zu einander stehen, eine dießfällige Einrede daher auch nicht direct auf eine Verbindlichkeit, welcher der Kläger durch seine Klage zuwiderhandelt, sich stützen könnte; —

3) daß indessen eine weitere Ausdehnung der fraglichen Einrede über die Fälle hinaus, in denen sie unmittelbar auf ein obligatorisches Band unter den Parteien sich stützt, als zulässig und gerechtfertigt erscheint, und zwar einmal eine Ausdehnung auf die Fälle, in denen nicht der beklagte Besitzer selbst, sondern dessen Auctor von dem vindicirenden Eigenthümer das Grundstück gekauft hat, indem der allgemeine Gesichtspunct der exceptio doli hier zur Anwendung kommt, und nun unzweifelhaft der Verkäufer, wenn er entgegen dem von ihm abgeschlossenen Verkaufe unter Benutzung eines vorhandenen von ihm selbst mitverschuldeten bloß formellen Mangels in der Vollziehung des Geschäftes den Besitz des Grundstückes wieder an sich ziehen will, auch dem Dritten gegenüber, der aus jenem Rechtsgeschäfte, wenn auch nur mittelbar, seine Rechte ebenfalls herleitet, dolos handelt, weßhalb denn auch das gemeine Recht die exceptio doli in solchen Fällen entschieden gestattet, — anderseits — hier freilich nicht allgemein, sondern nur unter gewissen Umständen — eine Ausdehnung auch auf Fälle, in denen der vindicirende Kläger Singularsuccessor des Veräußerers ist, in welcher Hinsicht zwar die Grundsätze der gemeinrechtlichen exceptio rei venditæ et traditæ, die gegenüber jedem Singularsuccessor des Verkäufers gegeben wird (L. 3 de except. rei vend. et trad. D. XXI, 3), als allzu positiver Natur nicht ohne Weiteres auf unser Recht Anwendung finden können und auch sehr sich fragen kann, ob die gemeinrechtlichen Grundsätze der exceptio doli, welche gestützt auf den dolus des Auctors

gegenüber jedem Successor ex lucrativa causa, in der Regel aber nicht gegenüber einem Successor ex onerosa causa (l. 4. 31 de doli mali et metus except. D. XLIV, 4) verstattet wird, nicht ebenfalls zu positiv seien, um unbedingt auf unser Recht übertragen werden zu können, indessen hinreichende Gründe dafür sprechen, da, wo nach den besondern Verhältnissen, so wegen umfassender Uebernahme der Verbindlichkeiten des Auctors, wie es z. B. durch Zug im Auffalle geschieht, ein Eintreten des Successors in die Verpflichtung des Auctors, des dolus sich zu enthalten, anzunehmen ist, die fragliche Einrede auch nach unserm Rechte zu gestatten, wie denn auch die Praxis bereits für Zulässigkeit der Einrede in Fällen dieser Art sich ausgesprochen hat (Schauberg, Beiträge Bd. X, S. 448; Bd. XII, S. 309); —

4) daß, hievon ausgegangen, in dem vorliegenden Falle, falls der Beklagte seine bestrittene Behauptung, daß seinem Auctor Pünter das vindicirte Heimwesen von den Klägern oder deren Rechtsvorfahren in Folge abgeschlossenen Kaufes übergeben worden sei, zu erweisen vermag, der Klage die Einrede der erkauften und cedirten Sache mit Grund entgegen gestellt wird, indem der Umstand, daß nicht er selbst, sondern sein Auctor Pünter von den Klägern oder deren Rechtsvorfahren gekauft hat, nach dem Gesagten die Einrede nicht ausschließt, und wenn auch die Kläger nur theilweise selbst an Pünter verkauft haben sollen, theilweise hingegen (so die Erben des J. J. Huber) erst nach dem behaupteten Verkaufe an Pünter durch Zug im Auffalle des Jakob Holder und Anderer Antheile an dem Eigenthum des fraglichen Heimwesens erworben haben, ein Erwerb dieser Art, der den Erwerber unbedingt und nothwendig verpflichtet, alle mit dem gezogenen Grundstücke in Verbindung stehenden Beschwerden an Stelle des Gridaren auf sich zu nehmen, und der demselben volle Veranlassung und Befähigung gegeben hat, über den

rechtlichen Zustand des gezogenen Objectes genaue Kenntniß zu erlangen, die Anwendung der Einrede auch gegenüber dem Erwerber hinreichend begründet und wobei auch der Umstand, daß der Beklagte in den fraglichen Concursen keine Rechte geltend gemacht, namentlich Streichung des in das Concursprotokoll aufgenommenen Antheils an dem von ihm besessenen Heimwesen aus demselben nicht verlangt hat, hier nicht entgegenstehen kann, da eine Verpflichtung hiezu auf Seite des Besitzers, der ungestört in seinem Besitze blieb, nicht bestand, vielmehr es Sache der Concursgläubiger gewesen wäre, die Rechte des Cridaren gegenüber dem Besitzer geltend zu machen; —

5) daß, da die erste Instanz den Beklagten den Beweis für den Verkauf an Pünter nicht abgenommen hat, Rückweisung zu Abnahme dieses Beweises erfolgen muß und in dieser Hinsicht noch zu bemerken ist, daß den Beklagten obliegt, den Verkauf und die Tradition des Heimwesens an Pünter zu beweisen, währenddem der Beweis für die Zahlung des Kaufpreises, da der Verkäufer bei noch ausstehendem Kaufpreise zunächst nur die Zahlung desselben, nicht aber Rückgabe des Besitzes des Heimwesens verlangen könnte, dem Beklagten nicht obliegt, und wenn Kläger behaupten, es sei der Kauf mit Pünter wieder aufgehoben worden, der Beweis hiefür Sache der Kläger sein muß: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei das Urtheil des Bezirksgerichtes aufgehoben und die Acten an dasselbe zurückgewiesen, mit dem Auftrage, den Beklagten den Beweis, daß von den Klägern oder ihren Rechtsvorfahren das streitige Heimwesen an Pünter verkauft und übergeben worden sei, vorbehältlich des directen und indirecten Gegenbeweises, namentlich auch dafür, daß dieser Kauf wieder aufgehoben worden sei, abzunehmen und sodann ein neues Urtheil auszufällen; —

2. Tragen die Parteien die Kosten einstweilen zu gleichen Theilen; —

3. Sei dieser Beschluß dem Bezirksgerichte Hinweil unter Rücksendung der Acten und den Parteien mitzutheilen.

VII.

Aus Rechtsgeschäften, welche eine Handelsgesellschaft berühren, kann zunächst nur gegen diese als solche und nicht gegen die einzelnen Mitglieder geklagt werden.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 17. Januar 1854,
nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Herrn Leonhard Stäheli, Bäcker in Affoltern a. A., betreffend Beschwerde über eine Rechtsöffnungsverweigerung des Bezirksgerichtspräsidiums Bülach,
da sich ergeben:

A. Laut Scheines vom 29. November v. J. schulde die Societät „Stäheli-Koller, Meier und Comp." in Affoltern dem Jb. Stäheli, Leonhards, Bäckers Sohn in Affoltern 100 Fr. für Arbeitslohn; —

B. Am 12. October v. J. habe Joseph Gastell dahier einen Wechsel im Betrage von 207 Fr. 9 Rpn. auf die Societät „Stäheli-Koller, Meier und Comp." gezogen und diese habe den Wechsel acceptirt; am 4. November v. J. habe der Recurrent diese Wechselforderung in der Meinung verbürgt, daß die Zahlungsfrist auf einen Monat verlängert werde; auf der Rückseite des Wechsels habe Herr Gastell die Zahlung quittirt; —

C. Mit Rechtsbot vom 22. November v. J. habe der Recurrent den Hrch. Meier, Metzger in Hüntwangen, gemeinsam mit Rud. Stäheli in Affoltern, als solidare Antheilhaber der chemisch-technischen Fabrik um 100 Fr. Arbeitslohn für seinen Sohn und Sicherstellung oder Zahlung des verbürgten Wechsels von 207 Fr. betrieben, jedoch Rechtsvorschlag erhalten; —

D. Durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Bülach vom 17. v. M. sei das Gesuch um Rechtsöffnung abgewiesen worden, da zu Begründung der Liquidität der Ansprache gar nichts vorliege, sondern der Recurrent sich lediglich auf ein Zeugniß der Handelskammer stütze, ohne dasselbe beigebracht zu haben; —

E. Hierüber beschwere sich der Recurrent, indem er den Schuldschein und den Wechsel einlege und behaupte, er habe die Wechselforderung bezahlt laut der Quittung des Herrn Gastell, und der Recurse Meier könne nicht bestreiten, daß er Mitglied der fraglichen Societät sei; —

F. In Beantwortung der Recursschrift behaupte Herr Fürsprech Dr. Schauberg Namens des Recursen: im August vorigen Jahres sei der Verwandte des Letztern, J. H. Meier zu Affoltern, welcher fallit sei, zu demselben gekommen und habe ihm vorgestellt, daß er mit Stäheli-Koller in eine vortheilhafte Handelsgesellschaft eintreten könne, jedoch seines Fallitenzustandes wegen ihn, den Recursen, bitten müsse, seinen Namen zu leihen; er habe dieses erst gethan, nachdem laut beiliegenden Reverses vom 30. August v. J. Stäheli und Meier ihn jeder Verpflichtung zum Voraus entbunden haben; schon nach drei Wochen habe der Recurse indessen der Handelskammer die Erklärung zugesandt, daß er Streichung seines Namens aus der Ragion verlange, weil er mit dieser Gesellschaft nichts zu thun habe, wofür er den Beweis anerbiete; er bestreite nun, daß die allein wahren Gesellschafter dadurch, daß der Recurse für das Ragionenbuch sich als Gesellschafter zum Schein unterzeichnet, das Recht zum beliebigen Gebrauch der

Gesellschaftsfirma und solidarischen Schuldverpflichtung des Recursen erlangt haben; endlich behaupte er noch, daß zur Zeit der Entstehung der Forderung des Recurrenten der wirkliche Sachverhalt bereits durch den Recursen zur Kenntniß der Bezirksrathskanzlei gebracht gewesen sei und derselbe seine Unterschrift im Ragionenbuch zurückgezogen gehabt habe; —

G. Das Bezirksgerichtspräsidium Bülach erkläre, daß es sich zu einer Berichterstattung nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß zwar das Dasein der beiden Forderungen des Recurrenten an die Handelsgesellschaft (Stäheli-Koller, Meier und Comp.) als zureichend erwiesen sich darstellt, indem was die erste von 100 Fr. für von dem Sohne des Recurrenten verdienten Arbeitslohn anbetrifft, hiefür ein bezüglich auf seine Aechtheit unbestrittener, unter der obigen Firma ausgestellter Schuldschein vom 29. November v. J. vorliegt, Recurse auch nicht einmal behauptet, daß der Sohn Stäheli volljährig oder sonst sein Vater, Recurrent, dessen Lohn einzuziehen nicht befugt sei; anbelangend die zweite Forderung von 207 Fr. (9 Rpn.) aber Recurrent sich durch einen von Joseph Gastell dahier am 12. October v. J. auf Stäheli-Koller, Meier und Comp. gezogenen, von den Trassaten acceptirten, von ihm, Recurrenten, aber verbürgten und gemäß der auf der Rückseite enthaltenen Empfangsbescheinigung bezahlten Wechsel in obigem Betrage ausweist; —

2) daß indeß dennoch die recurrirte Verweigerung der Rechtsöffnung gegen den jetzigen Recursen, als in das Ragionenbuch eingetragenes oder eingetragen gewesenes Mitglied der Gesellschaft, als gerechtfertigt angesehen werden muß, weil, wenn auch alle übrigen von ihm vorgeschützten Einreden in ihrem Werthe oder Unwerthe gegenwärtig auf sich beruhen mögen, doch aus der Recursschrift und den Anlagen nicht hervorgeht, daß die Gesellschaft Stäheli-Koller, Meier und Comp. nicht mehr bestehe

(in einem andern gleichzeitig mit dem gegenwärtigen eingegangenen Recurse eines R. Stäheli wird zwar behauptet, daß sie sich in Liquidation befinde), — nun aber, wenn auch dießseitige Stelle sich dafür entschieden hat, daß einer Handelsgesellschaft die Eigenschaft einer sogenannten moralischen Person so wenig als den Gläubigern einer solchen ein Separationsrecht im Concurse zukomme, doch anderseits bisher davon ausgegangen worden ist, daß, so lange die Gesellschaft bestehe und solvent sei, die Verhältnisse derselben und der einzelnen Gesellschafter aus einander zu halten seien, namentlich aus Rechtsgeschäften, welche die Gesellschaft berühren, zunächst von ihr und gegen sie und nicht unmittelbar gegen die einzelnen Gesellschafter geklagt und daher auch zunächst jene betrieben und gegen sie exequirt werden müsse (vergl. obergerichtliches Urtheil in Sachen Geßner c. Irminger und Geßner'sche Creditoren vom 4. October 1845, Erwäg. 10 bei Schauberg, Beiträge Bd. VII, S. 44 f.), während daß dieß im vorliegenden Falle fruchtlos geschehen sei, zur Zeit nicht vorliegt, — hienach aber die ohne Zweifel hierauf bezügliche, zwar in der Beantwortung des vorliegenden Recurses nicht ausdrücklich, sondern nur unter allgemeiner Bezugnahme auf alle in der Antwort auf einen gleichzeitigen Recurs eines Küfers Bär enthaltene Einwendungen, auch hier aufgenommene Einwendung, „daß die Gesellschaft ihr Domicil in Affoltern habe und sie zuvörderst belangt und ausgetrieben werden müsse" — zur Zeit als thatsächlich unbegründet oder rechtlich unerheblich nicht angesehen werden kann; —

3) daß jedoch die Bestimmung des § 64, Satz 3, litt. c und Satz 4 des Gesetzes über die Schuldbetreibung Platz greift: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs in der Hauptsache unbegründet, das Bezirksgerichtspräsidium aber angewiesen, die einstweilige Vorstellung im Pfand-

buche unter Ansetzung der in dem citirten Paragraphen erwähnten Frist mit dort bezeichneter Androhung anzuordnen; —

2. Trage Recurrent einstweilen die Kosten; —

3. Sei dieser Beschluß dem Bezirksgerichtspräsidium Bülach und den Parteien unter Rücksendung der Acten mitzutheilen.

VIII.

Ist es ein Vergehen, wenn Jemand sich fälschlicher Weise als Vater eines Kindes bekennt?

Die Criminalabtheilung des Obergerichtes
hat
am 8. October 1853,

da in Folge erlassener Vorladungen an den Gerichtsschranken erschienen: der Staatsanwalt, erster Appellant, sodann Rudolf Schmid, Weinschenk von Wallisellen, gegenwärtig in der Strafanstalt (mit seinem Vertheidiger Herrn Fürsprech Dr. Schauberg), und Jakob Brunner von Opfikon (mit seinem Vertheidiger Herrn Procurator Müller), Inculpaten und zweite Appellanten, betreffend Betrug,

in Erwägung:

1) Daß zwar allerdings feststeht, daß Hs. Ulrich Schmid unter Mitwirkung der Inculpaten Rudolf Schmid und Jakob Brunner mit dem Bruder des Letztern, Johannes Brunner, das Uebereinkommen getroffen habe, daß dieser gegen Bezahlung einer gewissen Summe Geldes die von ihm, Hs. Ulrich Schmid, angeblich geschwängerte Anna Barbara Bär von Wyla heirathe und sich auch als Vater des allfälligen Kindes bekenne; —

2) daß nun aber diese Handlung vorerst nicht als Unterdrückung

des Familienstandes angesehen werden kann, da die zum Begriffe dieses Verbrechens in § 252 des Strafgesetzbuches geforderten Requisite um so weniger vorhanden sind, als nicht nur die einem Menschen aus der Geburt herfließenden Rechte noch nicht erworben waren, sondern nicht einmal das wirkliche Bestehen einer Schwangerschaft der Bär damals gewiß gewesen ist; —

3) daß eben so wenig die zum Begriffe des Betruges erforderlichen Merkmale vorhanden sind, da

a) nach unserm Gesetze das Recht der Paternitätsklägerin gegen den Schwängerer ein rein persönliches ist, daher denn die Verzichtleistung auf die Klage und das Ergreifen eines andern Auskunftmittels zwar, wie im gegenwärtigen Fall, eine Immoralität enthalten kann, jedoch eine Täuschung Anderer durch unerlaubte Vorenthaltung der Wahrheit im Sinne des § 239 des Strafgesetzbuches nicht in sich schließt;

b) im vorliegenden Falle die beabsichtigte Benachtheiligung der Rechte Anderer auf das Armengut der Gemeinde Opfikon bezogen werden müßte, nun aber, obschon die Verhältnisse des Johannes Brunner es keineswegs unwahrscheinlich machen, daß eine allfällige Familie desselben das Armengut bald belästigt haben würde, doch gar Nichts dafür spricht, daß irgend eine der bei der Sache betheiligten Personen beim Abschlusse des Vertrages eine solche Benachtheiligung beabsichtigt, oder auch nur daran gedacht habe, auf Unterstützungen aus dem Armengute zu speculiren; —

4) daß daher Freisprechung erfolgen muß: : —

mit Einmuth,

jedoch in Abweichung von der Ansicht des Präsidiums,

gefunden:

Seien Rudolf Schmid und Jakob Brunner eines Vergehens nicht schuldig, und hierauf hinsichtlich der Kosten gegenüber einem

Antrage auf Bestätigung der erstinstanzlichen Kostensbestimmung, mit Mehrheit, im Uebrigen einmüthig

erkannt:

1. Seien die Inculpaten Rudolf Schmid und Jakob Brunner freigesprochen; —

2. Seien die erstinstanzlichen Kosten, so weit sie denselben aufgelegt worden, so wie die zweitinstanzlichen Baarauslagen auf die Gerichtscasse zu übernehmen; —

3. Sei der Civilpunct auf den Civilweg verwiesen.

IX.

Die Gemeinden, welche der Staat durch Anlegung von neuen Straßen hinsichtlich der Communicationsstraßen schädigt, haben keine Entschädigungsansprüche.

Das Bezirksgericht Hinweil
hat
am 17. November 1853

in Sachen des Herrn Lehrer Baumberger in Dürnten, Namens der dortigen Civilgemeinde, Klägerin, und der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Namens des Staates, Beklagten, betreffend Schädigung durch Straßenanlage, über die Rechtsfrage: Ob der Beklagte schuldig sei, die Communicationsstraße über den Dürntner Bach bei dem dortigen Kirchhofe in einen brauchbaren und unklagbaren Zustand herzustellen?

da sich ergeben:

A. Die alte Communicationsstraße zwischen Edikon und Dürnten führt in der Nähe des Kirchhofes Dürnten über den Dorfbach; die Unterhaltung der betreffenden Brücke liegt anerkanntermaßen der Kirch-

gemeinde, oder da dort die gesetzlichen Gemeindsleistungen an den Bau und Unterhalt der Straßen III. und IV. Classe, so wie der Landesfußwege auf die Civilgemeinden in der Art vertheilt sind, daß jede der betreffenden drei Civilgemeinden die dießfälligen Lasten auf ihrem Territorium allein zu tragen hat, hier der Civilgemeinde Dürnten ob; — vor einigen Jahren hat nun der Staat eine Straße II. Classe von Hinweil nach Dürnten unmittelbar neben dieser Brücke vorbei erbauen lassen, diese aber nach der Behauptung der Klägerin um 2½ Fuß tiefer gelegt, als die früher dort bestandene Straße gelegen hat; durch diese veränderte Höhenlage der Straße sei die Communication über diese Brücke unmöglich gemacht worden, indem die Brücke eine sehr gewölbte Form habe und die Steigung darüber 24 Procent betrage; sie beruft sich hiefür auf die Localität; sie, die Klägerin, anerkennt sodann, nach Herstellung oder Veränderung der Brücke durch den Beklagten, diese Brücke in Zukunft wieder unterhalten zu müssen; — die Klägerin stellt nun das in der Rechtsfrage erwähnte Begehren und gründet dasselbe auf das jetzt geltende Gesetz über Abtretung von Privatrechten, indem der Staat auch gegenüber den Gemeinden denjenigen Schaden zu ersetzen habe, den er durch derartige Straßenbauten ihnen verursache und zufüge; —

B. Der Beklagte erwiedert: es sei richtig, daß durch die Anlegung der Straße II. Classe von Hinweil nach Dürnten die Passage über den Dürntner Bach ein wenig unbequemer geworden sei, als früher, allein es sei dieses unbedeutend, denn die Brücke sei auch schon früher sehr unbequem gewesen und hätte im Interesse des Verkehrs verändert und verbessert werden sollen; übrigens könne er nicht anerkennen, daß die behauptete Erschwerung des Verkehrs eingetreten oder die Passage über die Brücke wegen jener Straßenbaute unmöglich gemacht worden; der Staat anerkenne die privatrechtliche Pflicht, dem Begehren der Klägerin zu entsprechen, nicht; die Straße, für welche jene Brücke diene, sei eine Communicationsstraße, deren Unterhaltung den Kirchgemeinden

obliege; diese gesetzliche Pflicht der Kirchgemeinde Dürnten sei nun aber durch Vertrag und dergleichen nicht geändert, das Begehren der Klägerin auf einen privatrechtlichen Titel gestützt nicht fundirt; gegenüber dem Staate sei sodann noch in Betracht zu ziehen, daß diese Angelegenheit dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehöre, sonach dem Privatrechte fremd sei; — die Entscheidung der Frage, ob eine Veränderung der Brücke oder eine Neubaute stattfinden müsse oder nicht, hänge bloß von Rücksichten der Zweckmäßigkeit und den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehres ab; es handle sich auch in der That bloß um eine größere oder kleinere Unbequemlichkeit, also um die Frage, ob die Klägerschaft gemäß der ihr obliegenden Verpflichtung von den Oberbehörden zu einer Veränderung oder zu einer Neubaute mit Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und auf den Verkehr anzuhalten sei; wenn nun auch eine Neubaute erforderlich sei, so stehe dennoch der Gemeinde Dürnten keine Forderung an den Staat zu, da diese Pflicht gerade auf ihr liege; —

C. Die Klägerin hält diese Auffassung des Rechtsverhältnisses nicht für richtig:: —

in Erwägung:

1) Unter den Parteien herrscht ein Streit darüber nicht, daß die Communicationsstraßen, zu denen auch die alte über die fragliche Brücke führende Straße von Edikon nach Dürnten gehört, von den betreffenden Kirchgemeinden erbaut und unterhalten werden müssen, während nach § 9 b des Gesetzes betreffend das Straßenwesen an die Erbauung der Straßen II. Classe der Staat das Wesentlichste, die betreffenden Gemeinden dagegen das Wenigere beizutragen haben, auch darüber nicht, daß die von der Klägerin behauptete, von dem Beklagten rücksichtlich ihres Umfangs aber bestrittene Erschwerung der Communication in die Straße II. Classe von der Erbauung der letztern herrühre; —

2) die zur Erbauung und Unterhaltung der Communicationsstraßen verpflichtete Klägerin kann nun aber von dem Staate keineswegs

Ersatz derjenigen Kosten verlangen, welche in Ausübung der dem Staate seinerseits obliegenden Verpflichtung der Herstellung von Straßen II. Classe den Kirchgemeinden entstehen, wenn, wie hier, die auf Seite der Gemeinde nothwendigen Bauten im Interesse des öffentlichen Verkehrs geschehen müssen und nicht wirkliche Privatrechte der Gemeinden, als juridischer Personen, verletzt werden; gleichwie der Staat durch seine Straßenbaute die Bedürfnisse des öffentlichen Verkehrs zu befriedigen suchte, liegt es auch der Gemeinde ob, ihrerseits und unter den veränderten Verhältnissen die Communication auf den betreffenden Straßen möglich zu machen; —

3) wenn sich nun aber die Klägerin zur Begründung ihres Begehrens auf das Gesetz über Abtretung von Privatrechten beruft und behauptet, der Beklagte habe durch jene Straßenbaute die in Aussicht stehenden Kosten einer Veränderung der Communication verursacht, so ist hiegegen zu erwiedern, daß es sich hier um Abtretung oder Verletzung von wirklichen Privatrechten gar nicht, sondern nur um die objective Erscheinung handelt, daß durch diese Straßenbaute eine andere, die gesetzlich der Gemeinde obliegt, veranlaßt worden ist, wie z. B. dasselbe der Fall gewesen wäre, wenn die Gemeinde Dürnten ihre Communicationsstraße in Folge der neuen Straßenanlage hätte verlängern müssen, diese zufälligen Veranlassungen zu Ausgaben aber den Staat so wenig zum Ersatz der daherigen Kosten verpflichten, als ihn zu einer Klage aus Bereicherung (versio in rem) berechtigen, wenn z. B. in Folge einer neuen Straßenbaute die Lasten der Gemeinden sich mindern; —

4) diesem nach braucht auf den Umfang des klägerischen Begehrens überall nicht eingetreten zu werden:: —

mit Mehrheit erkannt:

1. Sei die Klägerin mit ihrem Begehren abgewiesen; —

2. Entschädige sie den Beklagten mit 20 Fr.; —
3. Trage sie auch die Proceßkosten; —
4. Mittheilung an die Parteien.

In Folge der von der Klägerin gegen dieses Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann die Civilabtheilung des Obergerichtes unterm 14. Jannar 1854,

in Erwägung:

1) Daß nicht nur die Unterhaltung, sondern auch die Anlage und die Verbesserung der Communicationsstraßen den Gemeinden obliegt, diese ihnen auch von den höhern Verwaltungsbehörden befohlen werden können, wobei es vom Ermessen des Regierungsrathes abhängt, ihnen in besondern Fällen eine Entschädigung zukommen zu lassen (Gesetz über das Straßenwesen §§ 7, 13, 20, 23); —
2) daß, wie immer es sich bei der Anlage oder Veränderung von Straßen mit der Verpflichtung Dessen, der dieselbe vornehmen läßt, gegenüber Privateigenthümern verhalte, zwischen ihren Grundstücken und der Straße eine Verbindung herzustellen, jedenfalls eine solche Verpflichtung auf Seite des Staates gegenüber den Gemeinden hinsichtlich der Communicationsstraßen nicht vorhanden ist, wenn ohne einen Eingriff auf den Grund und Boden einer solchen Straße oder auf die Substanz eines zu derselben gehörigen Werkes, z. B. einer Brücke, mithin lediglich durch die Anlage oder Verbesserung einer Landstraße an sich die Verbindung zwischen dieser und einer Communicationsstraße aufgehoben worden ist; —
3) daß nämlich in einem solchen Falle, da der Regierungsrath nur von seiner Administrativbefugniß, eine Landstraße anlegen oder verbessern zu lassen, Gebrauch gemacht hat (§ 6), es sich nur darum handeln kann, daß nun behufs Bewerkstelligung der Ver-

bindung zwischen derselben und der Communicationsstraße auch die letztere, sei es verlängert, also auf einer gewissen Strecke neu angelegt, sei es an ihrem Endpunct verbessert werde, beides aber nach den angeführten gesetzlichen Bestimmungen den Gemeinden obliegt, ja ihnen im Verwaltungswege befohlen werden kann, und hiebei die Bestimmung einer allfälligen Unterstützung lediglich vom Regierungsrathe abhängt, auch nicht aus der Veranlassung, durch welche die streckenweise neue Anlage oder die Verbesserung der Communicationsstraße erforderlich wird, nämlich der Anlage oder Verbesserung der Landstraße, ein Entstehungsgrund für eine obligatorische, also privatrechtliche Verpflichtung des Staates gegenüber den Gemeinden, auf seine Kosten die streckenweise neue Anlage der Communicationsstraße oder deren Verbesserung zur Verbindung mit der Landstraße vorzunehmen oder der Gemeinde Entschädigung zu leisten, sich herleiten läßt, da hier das ganze Verhältniß administrativer Natur ist, indem, wie einerseits die Decretirung der Anlage oder Verbesserung von Landstraßen zum Zweck der Verbindung einzelner Kantonstheile mit einander zu den Verwaltungsbefugnissen des Regierungsrathes gehört, so anderseits aus öffentlichen Gründen gemäß den Bestimmungen des citirten Gesetzes die Gemeinden verpflichtet sind, die zu ihrer Verbindung mit den Landstraßen erforderlichen Communicationsstraßen unter Controle oder direct auf Anordnung der höhern Verwaltungsstellen anzulegen oder zu verbessern; —

4) daß, da nun von der Klägerin selbst nicht behauptet wird, daß durch die Anlage der Landstraße ein Eingriff auf die Substanz der Brücke, welche einen Bestandtheil der Communicationsstraße ausmacht, stattgefunden habe, vielmehr die Klage darauf gegründet wird, daß in Folge der Anlegung oder Veränderung der Landstraße an sich die Brücke zum Befahren unbrauchbar geworden, sonach die Verbindung zwischen der Land- und der Communi-

cationsstraße aufgehoben worden sei, — die Klage nach dem in Erwägung 1—3 Gesagten abzuweisen ist:: —

durch Stimmenmehrheit,

gegenüber einem Antrage auf Gutheißung der Klage,

gefunden:

Sei die Berufung der Klägerin unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei die Klägerin abgewiesen; —

2. Habe dieselbe die erst- und zweitinstanzlichen Kosten zu tragen und die Beklagte im Ganzen mit 40 Fr. zu entschädigen.

X.

Ueber den Untergang einer Schuld und der dazu gehörigen Bürgschaft durch Novation.

Das Bezirksgericht Andelfingen

hat

am 30. Juni 1851

in Sachen des Herrn Nägeli-Brunner in Bülach (Anwalt Herr Müller, in zweiter Instanz Herr Klauser), Klägers, gegen Konrad und Jakob Himmel in Klein-Andelfingen (Anwalt Herr Hauser, in zweiter Instanz Herr Ehrhardt), Beklagte, betreffend Forderung aus Bürgschaft, über die Rechtsfrage: Ob die Beklagten schuldig seien, in Verbindung mit Herrn Präsident Himmel in Klein-Andelfingen an den Kläger 3000 fl. nebst Zins von März 1849 an zu bezahlen?

da sich ergeben:

A. Der Kläger fordere von den Beklagten die in der Rechtsfrage bezeichnete Summe, indem er anführe: Im Jahr 1837 habe er an J. C. Müller von Dorf den Gasthof zum Kreuz in Bülach sammt

der dazu gehörenden Fahrhabe um 25,250 fl. verkauft, wobei Versicherung von 18,000 fl. auf dem Kaufsobjecte, Verbürgung von 6000 fl. und Baarzahlung von 1250 fl. beim Antritte des Kaufes bedungen worden sei; für die 6000 fl. haben sich die Beklagten und Herr Präsident Himmel in Klein-Andelfingen am 1. September 1837 verbürgt, erklärend: „daß sie bis zur Abzahlung des letzten Hellers solidarisch Bürg und Nachwähr“ sein wollen; — im April 1838 habe Müller den Kauf angetreten, statt bloß 1250 fl. 2750 fl. bezahlt, so daß die verbürgte Summe von 6000 fl. auf 4500 fl. sich reducirt habe; 1844 seien dem Müller auf Lichtmeß 1845 die 18,000 fl. aufgekündet worden; er habe daran aber nur 14,000 fl. bezahlen können, für die übrigen 4000 fl. jedoch durch Herrn Präsident Himmel Bürgschaft gegeben und zudem sowohl für diese Summe als auch für den 4500 fl. betragenden Rest der laufenden Forderung am 31. Januar 1845 einen Schuldbrief errichten lassen, in welchem mit den Worten: „4) in Verbindung mit den hernach folgenden Pfändern bleibt die Solidarbürgschaft laut Schein datirt den 2. September 1837, welche der Creditor besitzt, in Kraft“ — die Rechte auf die Beklagten gewahrt worden seien; — die 4000 fl., Rest der 18,000 fl., habe der Bürge Präsident Himmel hernach abbezahlt und an die 4500 fl. der Schuldner Müller 1500 fl. entrichtet, so daß er, der Kläger, an die von den Beklagten verbürgten 6000 fl. noch 3000 fl. zu fordern habe; Müller sei am 7. März 1850 verrechtfertigt worden, aber in seinem Concurse habe man an diese Forderung Nichts erhalten können; —

B. Die Beklagten verweigern die Bezahlung der von ihnen geforderten Summe, indem sie der Klage folgende Einreden entgegen halten:

1) die Forderung sei ganz oder theilweise getilgt worden:

a) ganz, bei Bezahlung der 14,000 fl. und Errichtung des 8500 fl. Briefes, indem damals am 31. Januar 1845 der Rest der 4500 fl. fällig gewesen sei und es in dem Schuldbriefe heiße: „Zu wissen ist, daß Herr Hans Konrad Müller —

zu Protokoll erklärt hat, dem Herrn Nägeli bei kraftloser Aushingabe — eines 18,000 fl. betragenden Schuldbriefes, so wie bei Tilgung einer weitern für erkaufte Fahrhabe entstandenen und bürgschaftlich gedeckten Forderung von 6000 fl. — annoch — schuldig geblieben zu sein" u. s. w. — oder theilweise

b) durch Bezahlung der 14,000 fl., da, weil die 4500 fl. auch aufgekündet gewesen, man auch an diese — laufende — Forderung habe zahlen wollen, wie sich auch dieß aus dem Pfandvertrage zwischen Müller und dem Kläger vom 12. Januar 1845 ergebe, wo es heiße: „1) an vorstehende Schuldsummen" 18,000 fl. laut Kaufschuldbrief so wie 6000 fl. für erkaufte Fahrhabe bürgschaftlich gedeckt — bezahlt Herr Müller dem Herrn Nägeli „mit Lichtmeß 1845 in Folge stattgehabter Kündung an baar 14,000 fl." u. s. w.;

c) indem am 18. April 1844 Herr Präsident Himmel die Schuldpflicht von 7000 fl. übernommen habe, darunter auch der Rest der von den Beklagten verbürgten Forderung enthalten gewesen sei und Herr Himmel an diese 7000 fl. dann 4000 fl. abbezahlt habe;

2) die Obligation, auf welche ihre Bürgschaft sich beziehe, sei untergegangen durch Novation:

a) am 31. Januar 1845 durch Errichtung des 8500 fl. Schuldbriefes und des Pfandvertrages, laut welcher statt des ursprünglichen ein neues Schuld- und Pfandverhältniß entstanden und auch die Ehefrau des Müller, Elisabetha geb. Sulzer, als Hauptschuldnerin eingetreten sei;

b) am 18 April 1847, als Herr Präsident Himmel die Schuldpflicht für den Rest der Forderung des Klägers von 7000 fl. übernommen und sich von den Eheleuten Müller dafür habe sicher stellen lassen;

3) eventuell seien die Erben der seither verstorbenen Hauptschuldnerin, Elisabetha Müller, so wie Herr Präsident Himmel zuerst auszuklagen, ehe sie, die Beklagten, belangt werden können; —

C. Replicando werde von dem Kläger erwiedert:

ad 1 a: die 14,000 fl. seien nur an das grundversicherte Capital von 18,000 fl. bezahlt, nur in seinem und im Interesse der Bürgen auch die laufenden 4500 fl. in den Schuldbrief aufgenommen und die Bürgschaft ja ausdrücklich vorbehalten worden;

ad 1 b: es werde nicht zugegeben, daß die 4500 fl. aufgekündet gewesen und daß mit den 14,000 fl. an diese etwas bezahlt worden sei, indem es sich damals lediglich um Bezahlung der grundversicherten 18,000 fl. gehandelt habe;

ad 1 c: die 4000 fl., welche Herr Präsident Himmel bezahlt habe, seien nur der Rest der 18,000 fl. gewesen, indem er natürlich das größte Interesse gehabt, die von ihm allein verbürgte Schuld zuerst zu tilgen, und der Creditor diese Summe auch am liebsten abgenommen, eben weil er nur einen Bürgen dafür gehabt habe;

ad 2 a: er, der Kläger, habe noch einen Schuldner angenommen, Pfandrecht bestellen lassen, nur, um mehr Garantie zu haben, also ganz im Interesse der Bürgen gehandelt, ohne den frühern Hauptschuldner, oder diese letztern ihrer Verbindlichkeiten zu entlassen, wie er ausdrücklich es erklärt habe;

ad 2 b: Herr Präsident Himmel habe nur für Müller intervenirt und er, Kläger, seine Rechte gegenüber diesem oder den Bürgen auch bei diesem Anlasse durchaus nicht aufgeben wollen;

ad 3: der Nachlaß der Frau Müller sei nicht angetreten worden und Herr Präsident Himmel nicht sein Hauptschuldner:: —

in Erwägung:

1) Daß, sofern hinsichtlich der ursprünglichen Forderung des Klägers an den nunmehr falliten Konrad Müller, für welche sich die gegenwärtigen Beklagten am 1. September 1837 verbürgt haben, eine wirkliche, nicht bloß cumulative Novation stattgefunden hat, eine solche also, durch welche die bestandene Obligation durch Contrahirung einer neuen, von ihr verschiedenen consumirt wurde, dadurch auch ihre, der Beklagten, aus ihrer Verbürgung herrührende Verpflichtung aufgelöst ist, so daß der Kläger, wenn er auch wirklich keine Befriedigung erhalten hätte, durchaus kein Recht haben würde, Erfüllung dieser Verbindlichkeiten zu verlangen; —

2) daß nun dafür, daß eine solche privative Novation eingetreten sei, Gewißheit gibt, daß nach Errichtung des 8500 fl. betragenden Schuldbriefes vom 31. Januar 1845 und nachdem, wie Herr Nägeli (Fact. A.) anerkennt, an diese Summe von dem Schuldner Müller 1500 fl. waren abbezahlt worden, der eine der drei Bürgen, Herr Präsident Himmel, die Schuldpflicht für die übrig bleibenden 7000 fl. übernommen, Herr Nägeli den Müller als Debitoren entlassen und daß dagegen Müller und seine Frau, seine, Himmels, Schuldner geworden sind, wie theils der Kläger bei der Verhandlung vom 19. Mai 1851 zugegeben hat, theils erwiesen ist durch den Vertrag vom 18. April 1847 und durch die Pfandverschreibung vom 30. December 1847; —

3) daß, wenn der Kläger gegen diese Auffassung der Verhältnisse einwendet, es sei ihm nur darum zu thun gewesen, für seine Forderung größere Sicherheit zu erhalten und er habe sich ja seine ihm durch die Bürgschaft der Beklagten gegebenen Rechte vorbehalten, Ersteres insoweit richtig sein mag, als er in der Person des Herrn Präsidenten Himmel allerdings einen weit

bessern Schuldner erhielt, dieser Vortheil es aber gerade gewesen sein mag, welcher ihn bewog, seinen ursprünglichen Schuldner zu entlassen, das Gegentheil der zweiten Behauptung sich aber daraus ergibt, daß der Vorbehalt in der Urkunde vom 18. April 1847 nicht enthalten ist, obschon er denselben zu machen in den Verträgen vom Jahr 1845 nicht vergessen hat und daß nicht er, sondern der Herr Himmel sich das Schuldbekenntniß des Müller und neue Pfande geben ließ, zu welchem Selbsthandeln er auch keine Veranlassung gehabt hätte, würde es die Meinung gehabt haben, daß Müller gegenüber dem Herrn Nägeli wenigstens hinsichtlich der Capitalforderung frei sein soll; —

4) daß wenn nun diese Einrede der Beklagten als begründet sich darstellt, nicht mehr zu untersuchen ist, ob auch diejenige der Tilgung der klägerischen Forderung durch Zahlung es sei, indem, wie in Erwägung 1 schon gesagt wurde, jene die Beklagten von Erfüllung ihrer bei Eingehung der Bürgschaft eingegangenen Verbindlichkeiten befreit:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Sei der Kläger mit seinem Rechtsbegehren abgewiesen; —
2. Trage er die Kosten; —
3. Habe er die Beklagten mit 32 Fr. zu entschädigen.

In Folge der von dem Kläger gegen dieses Urtheil erklärten Appellation hat sodann das Obergericht am 4. November 1851,

in Erwägung:

1) Daß die Beklagten nicht bestreiten, den Bürgschein vom 1. September 1837 unterzeichnet zu haben, wodurch sie sich neben Herrn Präsident Konrad Himmel als Bürgen für eine vom Verkaufe des Gasthofes zum Kreuz in Bülach herrührende laufende Forderung des Klägers an den seither in Concurs gerathenen Konrad Müller von Dorf im Betrage von 6000 fl. verpflichteten; —

2) daß sie aber behaupten, ihre Bürgschaftsverpflichtung sei untergegangen:

A. ihrem ganzen Umfange nach durch Novation des Schuldverhältnisses oder, sofern dieses nicht angenommen werden sollte, doch

B. durch Zahlung, und zwar ebenfalls mit Bezug auf die ganze Schuld, eventuell doch zu einem Theile; —

3) daß, wenn es sich ad A zunächst fragt, ob die Schuld des Müller durch Novation untergegangen sei, in welchem Falle allerdings auch die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten als ein bloßes Accessorium jener Schuld als erloschen zu betrachten wäre, davon auszugehen ist, daß unserm Rechte diejenigen strengen Formen des ältern römischen Obligationenrechts, welche zur Folge hatten, daß durch gewisse Handlungen der Contrahenten selbst gegen ihren Willen eine Obligation unterging, durchaus fremd sind, und daher nur in solchen Fällen eine Schuld als durch Novation untergegangen betrachtet werden darf, wo es unzweifelhaft ist, daß die Contrahenten selbst beabsichtigt haben, eine Obligation wirklich aufzuheben und an deren Stelle eine neue zu setzen, wogegen in allen denjenigen Fällen, wo zwar durch Vereinbarung der Parteien irgend eine Veränderung mit Bezug auf ein Schuldverhältniß vorgenommen worden, dabei aber nicht mit Sicherheit zu erkennen ist, ob es die Absicht der Contrahenten, namentlich des Gläubigers, gewesen sei, die ursprüngliche Obligation gänzlich aufzuheben und an deren Stelle eine ganz neue zu setzen, nicht vermuthet werden darf, daß eine wirkliche Novation im engern Sinne (sog. novatio privativa) stattgefunden habe, ein Satz, welcher auch im spätern römischen Rechte ausdrücklich anerkannt worden ist, vgl. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. II, Abtheil. 2, § 454; Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation, S. 28 ff. und die dort citirten Schriftsteller; —

4) daß nun im gegenwärtigen Falle die Beklagten behaupten, es habe eine Novation stattgefunden:

a) bei der Errichtung des Schuldbriefs von 8500 fl. im Januar 1845, oder doch

b) im April 1847, indem damals Kläger seinen bisherigen Schuldner Müller seiner Verpflichtung entlassen und statt seiner den Präsidenten Himmel als Schuldner angenommen habe; —

5) daß aber ad a in der Errichtung des 8500 fl. haltenden Schuldbriefes eine wahre, d. h. vom Gläubiger in der Absicht, auf seine bisherige Forderung zu verzichten und eine ganz neue Obligation zu schaffen, vorgenommene Novation nicht gefunden werden kann, weil

α. vorerst der Umstand, daß der Rest einer theilweise abbezahlten grundversicherten Schuld mit einer durch Bürgschaft gedeckten laufenden Schuld zusammen gerechnet und für die ganze Summe ohne Ausscheidung der ursprünglichen Bestandtheile eine einzige Schuldurkunde errichtet wurde, so wenig auf Novation schließen läßt, als dieses z. B. bei Zusammenzählung eines neuen und eines alten Rechnungssaldo und Ausstellung eines Schuldbekenntnisses für den ganzen Betrag der Fall wäre;

β. sodann darin, daß für den ganzen Betrag der zwei in Eine Summe zusammengefaßten Schulden, also auch für die bisher bloß durch Bürgschaft gedeckte Schuld, Sicherheit durch Verschreibung gewisser Grundstücke bestellt wurde, kein Beweis für eine beabsichtigte Aufhebung dieser frühern Schuld gefunden werden kann, da aus dem Bestreben eines Creditors, für seine Forderung vermehrte Sicherheit zu erlangen, gewiß Niemand auf die Absicht schließen wird, diese Forderung aufzuheben, die Annahme aber, Kläger habe vielleicht die erwähnte Grundversicherung an die Stelle der frühern Deckung durch

Bürgschaft treten lassen wollen, durch die ausdrückliche Bestimmung im Schuldbriefe, daß jene Bürgschaft in Kraft bleiben solle, ausgeschlossen wird;

γ. auch der Eintritt der Ehefrau des Schuldners, Frau Elisabetha Müller, geb. Sulzer, als Solidarschuldnerin nicht als eine Veränderung des ursprünglichen Schuldverhältnisses zwischen Kläger und dem Ehemann Müller, sondern lediglich als eine Vermehrung der dem Erstern hiefür bestellten Sicherheit erscheint, zumal die Schuld nicht etwa auf die Eheleute Müller pro rata vertheilt, sondern im Eingange des Schuldbriefes der Ehemann allein als Schuldner genannt und dann erst in dem auf Sicherstellung des Gläubigers bezüglichen Artikel 4 der speciellen Bestimmungen festgesetzt wurde, daß in Verbindung mit den verschiedenen Pfanden und neben der laut Scheins vom 2. September 1837 bestehenden Solidarbürgschaft auch noch die Ehefrau des Schuldners solidarisch hafte, was offenbar als Eingehung einer Bürgschaft durch Frau Müller aufzufassen, übrigens auch in dem dem Schuldbriefe zu Grunde liegenden Pfandvertrage vom 12. Januar 1845 ausdrücklich als Bürgschaft bezeichnet ist;

δ. endlich der in dem erwähnten Pfandvertrage gebrauchte Ausdruck: es handle sich um Abänderung und Erneuerung des bisher bestandenen Schuldverhältnisses, Nichts beweist, da dieser Ausdruck, auch wenn die Absicht einer wirklichen Novation nicht vorausgesetzt wird, auf das bei Errichtung des Schuldbriefes vom 31. Januar 1845 wirklich Geschehene vollkommen paßt, die Annahme aber, man habe das Wort „Erneuerung“ als Uebersetzung des Ausdrucks Novation und im technischen Sinne des letztern gebraucht, sich um so weniger rechtfertigen würde, als der Begriff der Novation im Sinne des römischen Rechtes wohl beiden Contrahenten ganz unbekannt war; —

6) daß ad b auch ein Beweis dafür, daß im April 1847 eine wirkliche (privative) Novation statigefunden habe, nicht vorliegt, da der Kläger persönlich bestimmt bestritten hat, damals den ursprünglichen Schuldner Müller seiner Verpflichtung entlassen zu haben, die vorliegenden Acten aber und das Zugeständniß des Klägers, betreffend den Inhalt der ihm im April 1847 von Präsident Himmel ausgestellten Urkunde, nicht geeignet sind, diese Bestreitung zu widerlegen, indem:

α. der Ausdruck, welcher sich nach der Angabe beider Parteien in der von Präsident Himmel am 18. April 1847 ausgestellten Urkunde findet: „Es verpflichtet sich der Unterzeichnete Namens Herrn Konrad Müller zum Kreuz an diejenige Schuldpflicht von 7000 fl. Kaufrestanz vom Gasthofe zum Kreuz herrührend zu Gunsten Johannes Nägeli in Bülach alljährlich 1000 fl. bis zur gänzlichen Tilgung abzuzahlen" u. s. f. — durchaus nicht auf ein Eintreten des Himmel an die Stelle des ursprünglichen Schuldners und auf eine Entlassung des Letztern hinweist, sondern am besten zu der Annahme paßt, Himmel habe, nachdem Müller nicht im Stande gewesen, die in dem Schuldbriefe vom 31. Januar 1845 festgesetzten Ratazahlungen zur gehörigen Zeit zu leisten, sich als Bürge und Selbstzahler für den ganzen Capitalrest verpflichtet und dabei zum Voraus versprochen, selbst für die Zahlungen zu sorgen, was übrigens der Creditor, sobald Himmel als Bürge und Selbstzahler eintrat, auch ohne eine solche ausdrückliche Verabredung von ihm hätte fordern können;

β. gegen die Annahme, daß damals Müller seiner Schuldpflicht entlassen worden sei, entschieden der Umstand spricht, daß nicht nur von einer Entkräftung des 8500 fl. Schuldbriefs oder auch nur von einer sofortigen Abtretung desselben an

Himmel keine Rede war, vielmehr Kläger diesen Schuldtitel behielt und dem Himmel nur versprach, ihm denselben nach gänzlicher Abzahlung der Schuld abzutreten, sondern daß überdieß nach dem eigenen Zugeständnisse der Beklagten, dessen Richtigkeit sich übrigens aus der Zinsquittung vom 27. Mai 1848 ergibt, der Schuldner Müller für die Zinse auch künftig Schuldner bleiben sollte, nun aber ohne ganz zwingenden Beweis nicht anzunehmen ist, daß der Creditor zwar das Pfandrecht für die ganze Schuld habe beibehalten und den bisherigen Schuldner als Schuldner für die Zinse nicht entlassen wollen, daß er ihn dagegen mit Bezug auf das Capital seiner Schuldpflicht entlassen habe;

γ. daraus, daß sich Himmel für die zu Gunsten des Müller eingegangene Verbindlichkeit von Letzterm durch ein schriftliches Schuldbekenntniß und eine Pfandverschreibung Deckung geben ließ, durchaus nicht geschlossen werden darf, daß Himmel ganz an die Stelle des Müller als Schuldner eingetreten sei, da ja sehr oft Bürgen für die eingegangene Bürgschaftsverpflichtung sich auf solche Weise durch den Hauptschuldner decken lassen, — die einzelnen Ausdrücke in den Verträgen zwischen Himmel und Müller aber schon darum gegen den Kläger Nichts beweisen, weil er bei diesen Rechtsgeschäften gar nicht mitwirkte; —

7) daß, was ad B die Frage betrifft, ob durch Zahlung die durch die Beklagten verbürgte Schuld ganz oder zum Theil getilgt sei, die Parteien gegenwärtig darüber einig sind, daß die im August und November 1838 bezahlten 1500 fl. als an die verbürgten 6000 fl. bezahlt zu betrachten seien, ungeachtet bei Errichtung des 8500 fl. haltenden Schuldbriefes jene Zahlung von 1500 fl. ausdrücklich als Abschlagszahlung nicht an die verbürgten 6000 fl., sondern an die grundversicherten 18,000 fl. bezeichnet wurde; —

8) daß ferner Kläger anerkennt, es seien später an die auf diese Weise auf 4500 fl. reducirte verbürgte Schuld weitere 1500 fl. abbezahlt worden und es betrage daher der Rest, für welchen die Beklagten als Bürgen haften, nur noch 3000 fl., so daß es sich bloß noch fragt, ob noch eine weitere Zahlung an diese Schuld geleistet worden sei; —

9) daß, wenn die Beklagten, denen natürlich der Beweis dafür obliegt, daß die von ihnen verbürgte Schuld um mehr, als der Kläger anerkennt, vermindert worden sei, sich hiefür zunächst darauf berufen, daß von den auf Lichtmeß 1845 abbezahlten 14,000 fl. die Summe von 4500 fl. als an die verbürgte Schuld bezahlt, letztere somit als getilgt betrachtet werden müsse, weil einerseits

a) die 4500 fl. vor den grundversicherten 18,000 fl. fällig geworden seien, anderseits

b) in dem für 8500 fl. neu errichteten Schuldbriefe der Ausdruck vorkomme, bei Tilgung der bürgschaftlich gedeckten Forderung von 6000 fl. u. s. f. sei Müller dem Kläger 8500 fl. schuldig verblieben —

diese Behauptungen nicht Stich halten, indem

ad a) bestritten und nicht bewiesen ist, daß die verbürgte Schuld vor Errichtung des neuen Schuldbriefes aufgekündet worden sei, im Zweifel also zu vermuthen ist, daß die ganze Zahlung von 14,000 fl. an die schon auf Martini 1844 aufgekündete, grundversicherte Forderung geleistet worden sei, eine Vermuthung, welche noch wesentlich dadurch unterstützt wird, daß einerseits der Creditor in die gänzliche Entkräftung seines vorstandsfreien Schuldbriefes einwilligte und sich zur Deckung des nicht bezahlten Restes mit einem weit schlechtern Pfandrechte und Bürgschaft begnügte, was er kaum gethan haben würde, wenn dieser grundversicherte Rest, wie Beklagte behaupten, noch

8500 fl., also beinahe die Hälfte der ursprünglichen Schuldbriefsumme, betragen hätte, — anderseits in den neuen Schuldbrief die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen wurde, daß die Solidarbürgschaft laut Scheins vom 1. September 1837 fortbestehen solle, und zwar ohne irgend eine Beschränkung auf eine kleinere als die ursprünglich verbürgte Summe;

ad b) unter diesen Umständen der Ausdruck „Tilgung" im Schuldbriefe um so weniger die wirkliche Abzahlung der verbürgten Schuld beweisen kann, als sich derselbe in dem Pfandvertrage, welcher bei Errichtung des Schuldbriefes zu Grunde gelegt und auch in demselben ausdrücklich citirt wurde, nicht findet, somit offenbar der Landschreiber es war, welcher den Ausdruck „Tilgung" von sich aus wählte, um auszudrücken, daß die verbürgte Schuld künftig nicht abgesondert neben dem neuen Schuldbriefe fortbestehen, sondern nur als Bestandtheil des letztern fortdauern sollte, wie es denn auch, wenn man damals die verbürgte Summe ganz abbezahlt hätte, ebenso unpassend als überflüssig gewesen wäre, dieselbe in dem neuen Schuldbriefe irgendwie zu erwähnen, statt sie einfach im Kaufbriefe als bezahlt abzuschreiben, und die im neuen Schuldbriefe enthaltene Summe von 8500 fl einfach als Rest der frühern grundversicherten Schuld von 18,000 fl. zu bezeichnen; —

10) daß aus den in Erwägung 9 ad a angeführten Gründen auch die eventuelle Behauptung der Beklagten, daß die Zahlung von 14,000 fl. auf die Forderungen von 18,000 fl. und von 4500 fl. pro rata zu vertheilen sei, nicht Stich hält, womit die weitere Behauptung, daß der nach Abzug dieser angeblichen Theilzahlung noch übrig gebliebene Rest der verbürgten Schuld durch die

anerkanntermaßen später erfolgte Zahlung von 1500 fl. gänzlich getilgt worden sei, von selbst wegfällt; —

11) daß, wenn die Beklagten ferner glauben, es sei die ganze seit dem April 1847 an die damals noch restirenden 7000 fl. abbezahlte Summe von 4000 fl. oder doch, weil die von ihnen verbürgte Schuldrestanz von 4500 fl. neun Vierzehntel der 7000 fl. ausmache, ein entsprechender Bruchtheil als an die von ihnen verbürgte Schuld bezahlt von der letztern abzuziehen, dieses unrichtig ist, da bei Entscheidung der Frage, auf welche von mehreren Schulden eine gewisse Zahlung zu beziehen sei, es vor Allem auf den Willen des Bezahlenden und des die Zahlung Empfangenden ankommt, nun aber Kläger erklärt, daß er die fraglichen Zahlungen zunächst als Tilgung derjenigen 2500 fl., für welche ihm die Beklagten nicht als Bürgen hafteten, angenommen habe und hiemit übereinstimmend auch Präsident Himmel, wie es auch ganz natürlich ist, die von ihm geleisteten Zahlungen zunächst zur Tilgung der von ihm allein verbürgten 2500 fl. verwendet wissen will, wie sich namentlich aus der von ihm an die Beklagten erlassenen amtlichen Anzeige ergibt; —

12) daß mit Bezug auf die Frage, ob die Beklagten auch für die Zinse einzustehen haben, lediglich auf Erwäg. 1 des Recursalbescheides vom 1. Juni v. J. verwiesen werden kann; —

13) daß die von den Beklagten erst heute unter der Behauptung, daß ihr Mitbürge, Präsident Himmel, gleichzeitig mit ihnen hätte belangt werden sollen, vorgebrachte eventuelle Einrede der mehreren Streitgenossen, welche ihr Anwalt irriger Weise als Einrede mangelnder Passivlegitimation bezeichnet hat, schon darum unbegründet ist, weil Präsident Himmel, wie der Kläger behauptet, und wie sich aus der von ihm, Himmel, an die Beklagten erlassenen amtlichen Anzeige ergibt, seine Bürgschaftsverpflichtung anerkennt, somit keine Veranlassung vorhanden war, ihn ebenfalls

ins Recht zu fassen, übrigens abgesehen hievon, die erwähnte Einrede auch darum nicht Stich hält, weil die von den Beklagten gemeinsam mit Präsident Himmel eingegangene Bürgschaft nach dem Inhalte des Bürgscheines eine solidarische ist und daher jeder Einzelne von ihnen auf Bezahlung des Ganzen hätte belangt werden können, wobei dann ihnen allerdings unbenommen gewesen wäre, bei Bezahlung des Ganzen sich für den Antheil, welcher den Präsident Himmel getroffen hätte, die Rechte des Creditors auf ihn, Himmel, abtreten zu lassen, überdieß aus dem Umstande, daß von drei Mitverpflichteten nur zwei belangt wurden, mit Hinsicht darauf, daß die eingeklagte Forderung eine theilbare ist, nur folgen würde, daß die beiden belangten Personen bloß für ihren Antheil einerkannt werden könnten und dem Kläger überlassen werden müßte, für den Antheil des Dritten diesen selbst zu suchen, wie denn auch in Uebereinstimmung hiemit der Kläger nach dem Inhalte der Rechtsfrage nur verlangt, daß die Beklagten gemeinsam mit Präsident Himmel zur Bezahlung der fraglichen Summe einerkannt werden; —

14) daß endlich auch die Einrede des Beklagten, Kläger müsse sich zuerst an seine neuen Schuldner, Frau Müller geb. Sulzer und Präsident Himmel halten, nicht Stich hält, da, wie oben ist gezeigt worden, diese beiden Personen nicht als neue Hauptschuldner, sondern nur als Bürgen und Selbstzahler sich verpflichteten, ohne daß der Gläubiger jemals die Beklagten entlassen oder auch nur sich verbindlich gemacht hätte, sie erst nach den erwähnten zwei Personen zu belangen, — weßhalb auf die Frage, ob der Nachlaß der Frau Müller geb. Sulzer, welche nach dem Auffallsprotokolle nicht mehr lebt, angetreten oder ausgeschlagen worden sei, nicht eingetreten zu werden braucht; übrigens, gesetzt auch, Frau Müller und Präsident Himmel hätten sich wirklich als Mitschuldner für die fragliche Forderung verpflichtet,

das Begehren der Beklagten, daß diese beiden Personen zuerst belangt werden, dennoch nicht gerechtfertigt wäre, weil von ihnen, den Beklagten, gar nicht behauptet wird, daß diese angeblich später erfolgte Annahme jener beiden Personen als Hauptschuldner auf ihr, der Beklagten, Begehren hin geschehen sei, vielmehr dieß nur als bloße Vorsichtsmaßnahme des Klägers sich darstellen, somit dieses ganze Verhältniß zwischen dem Kläger und den angeblichen neuen Schuldnern sie, die Beklagten, gar nicht berühren würde und sie daher aus Dem, was der Kläger zur Erlangung weiterer Sicherheit that, Nichts für sich ableiten könnten:: —

mit Einmuth gefunden:

Sei die Berufung des Klägers begründet, und demnach

erkannt:

1. Seien die Beklagten schuldig, in Verbindung mit Herrn Präsident Himmel in Klein-Andelfingen an den Kläger 3000 fl. nebst Zins von März 1849 an zu bezahlen; —

2. Haben sie die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Kosten zu bezahlen und den Kläger mit 44 Fr. zu entschädigen, dagegen sei die erstinstanzlich den Beklagten gesprochene Entschädigung aufgehoben.

XI.

Ueber Sentengenossenschaften.

Das Bezirksgericht Horgen

hat

am 13. April 1853

in Sachen des Jakob Leuthold an der Egg, Gemeinde Richtenschweil, und Streitgenossen, Kläger, gegen Gebrüder Konrad und Jakob Rusterholz im Scheurli, dasiger Gemeinde, Beklagte, und

deren Litisdenunciaten Jakob Rusterholz an der Egg, betreffend Gesellschaft, über die Rechtsfrage: Ob die Kläger berechtigt seien, die Beklagten von der Sentengenossenschaft an der vordern Egg Richtenschweil auszuschließen?

da sich ergeben:

A. Von den Klägern wird in factischer Beziehung Folgendes angeführt:

a) die Kläger und der Litisdenunciat der Beklagten, Jakob Rusterholz, haben bisher an der Egg eine Sentengenossenschaft gebildet und seien zu folgenden Theilen Eigenthümer der dortigen sog. vordern Hütte: Ludwig Leuthold und Jakob Rusterholz jeder zu zwei Achttheilen, die vier übrigen Kläger jeder zu einem Achttheil;

b) die Beklagten gehören zu einer andern Sentengenossenschaft, nämlich zu derjenigen im Holz; dort seien sie zu einem Drittheil Eigenthümer der Hütte, haben im gleichen Verhältniß an den Unterhalt derselben beizutragen und haben dort seit unvordenklicher Zeit ihre Milch gekäset;

c) im Jahre 1845 haben die Beklagten in Folge der Insolvenz des Sennes in der Hütte im Holz an sie — die Kläger — das Gesuch gestellt, daß man ihnen einstweilen gestatte, ihre Milch in die Hütte an der Egg zu tragen; nach anfänglicher Weigerung sei denselben gegen einen von ihnen ausgestellten Revers die nachgesuchte Bewilligung ertheilt worden; von dieser Concession haben die Beklagten bis im Jahr 1850 gegen Bezahlung des Hüttenzinses Gebrauch gemacht;

d) Beklagte haben in neuerer Zeit von dem Jakob Rusterholz die Hälfte des demselben zustehenden Hüttentheils, somit ein Achttheil an der vordern Egghütte gekauft und verlangen als Miteigenthümer dieser Hütte in die dortige Sentengenossenschaft aufgenommen zu werden.

Die Kläger, welche anfänglich erfolglos versuchten, auf summarischem Wege die Beklagten auszuschließen, bestreiten denselben das Recht zur Theilnahme an ihrer Sentengenossenschaft aus folgenden Gründen:

1) bis zum Jahr 1845 sei von den Beklagten keine Milch in ihre — der Kläger — Hütte geliefert und von denselben nicht gemeinschaftlich mit ihnen — den Klägern — gekäset worden;

2) im Jahr 1845 seien die Beklagten nicht Sentengenossen geworden, sondern man habe damals aus bloßer Convenienz denselben gestattet, die Milch in die Hütte zu bringen, was der von denselben ausgestellte Revers beweise;

3) eben so wenig seien die Beklagten durch Ankauf eines Hüttentheils Genossen geworden, das Rechtsverhältniß einer Sentengenossenschaft sei kein anderes als dasjenige einer Gesellschaft zum Zwecke der gemeinschaftlichen Käsefabrikation; dabei gelten die gewöhnlichen Grundsätze mit der weitern Beschränkung, daß das Recht zur Theilnahme geknüpft sei an den Besitz gewisser Güter; es erscheine Dieß als sachnatürlich, weil eine Sentengenossenschaft ein großes Interesse daran habe, daß ein angemessenes Quantum Milch in die Hütte geliefert werde; Beklagte seien nicht im Besitze solcher Güter und seien daher nicht berechtigt, Aufnahme in die Sentengenossenschaft zu verlangen;

4) der Kauf eines Hüttentheils von Seite der Beklagten, getrennt von den dazu gehörigen Gütern, sei gar nicht statthaft; —

B. Von den Beklagten wurde hierauf Folgendes erwiedert: Die vor dem Jahr 1850 bestandenen Verhältnisse seien für diesen Proceß nicht relevant und es handle sich nur um die Frage, ob sie — die Beklagten — nicht durch Ankauf eines Achttheiles an der Hütte vollberechtigte Sentengenossen geworden seien; aus einem Scheine vom 8. März 1811 ergebe sich, daß damals ihr Verkäufer und Rechtsvorfahr in ganz gleicher Weise Theilnehmer an der Genossenschaft geworden sei;

das Verhältniß der Hüttenantheilhaber und der Hüttengenossen sei kein verschiedenes und das eine bedinge das andere; Kläger bilden keine geschlossene Gesellschaft mit Statuten oder dergleichen; eben so wenig sei das Recht, die Milch in die Hütte zu tragen, und dort zur Käsebereitung zu verwenden, geknüpft an den Besitz gewisser Grundstücke; die eine wie die andere Behauptung müßte von den Klägern bewiesen werden; das Miteigenthumsrecht an der Hütte berechtige zur Benutzung derselben; jeder Antheilhaber an der Hütte sei eo ipso auch Sentengenosse; eventuell behaupten Beklagte, daß ihre Güter zu den berechtigten gehören, daß für dieselben das Sentenrecht immer sei ausgeübt worden und daß ein Hüttentheil dazu gehört habe; —

C. Die Kläger bestreiten die Richtigkeit und Erheblichkeit der Behauptung, daß der Besitzvorfahr der Beklagten früher durch bloßen Ankauf eines Hüttentheils Sentengenosse geworden sei; ebenso bestreiten sie, daß die Beklagten sentengenössige Güter besitzen; —

D. Die Beklagten haben den Beweis durch Zeugen dafür anerboten:

a) daß mit der Erwerbung eines Hüttentheils auch das Recht zur Theilnahme an der Genossenschaft ohne weiters von je her sei erworben und andere Bedingungen der Aufnahme niemals seien gestellt worden;

b) eventuell, insofern das Genossenschaftsrecht an den Besitz gewisser Güter geknüpft wäre, — daß sie, die Beklagten, sentenberechtigte Güter in dem oben Fact. B a. E. bezeichneten Sinne besitzen; —

E. Von den Klägern wurde der Gegenbeweis durch Zeugen für folgende Behauptungen anerboten:

a) daß es allgemeine Uebung und Gewohnheitsrecht, so wie specielle Uebung und Gewohnheitsrecht in der klägerischen Sentengenossenschaft sei, daß der bloße Erwerb eines Hüttentheils nicht zur Aufnahme in die Gesellschaft berechtige, sondern diese von der Zustimmung der Genossen und von dem Besitze bestimmter zur Genossenschaft gehöriger Güter abhängig sei;

b) daß die Beklagten mit Ausstellung des Scheines vom 8. August 1845 einverstanden waren; die Erlaubniß, ihre Milch in die klägerische Hütte bringen zu dürfen, als bloße prekäre Begünstigung nachgesucht und von den Klägern nur in dieser Weise erhalten haben;

c) daß die Beklagten mit ihren Gütern stets zu einer andern Sentengenossenschaft, derjenigen im Holz, gehört haben; —

F. Die Zeugen des Beklagten geben an:

a) Jakob Hottinger auf Brüsch bei Wädenschweil: Vor circa fünfzehn Jahren habe Philipp Höhn von Hrch. Rusterholz in der Weid einen Antheil an der Hütte an der vordern Egg gekauft und sei damit Hüttengenosse geworden; anfänglich hätten drei Genossen sich gegen die Aufnahme gesträubt, Höhn habe aber einen Befehl bei dem Bezirksgerichtspräsidenten ausgewirkt und damit sei die Sache erledigt gewesen;

b) Jakob Höhn, Sohn des Philipp Höhn, bestätige die Angabe des Jakob Hottinger; er bemerke, daß Herr Präsident Hiestand den Sentengenossen befohlen habe, die Milch seines Vaters Philipp Höhn aufzunehmen bis Austrag der Sache; die opponirenden Sentengenossen hätten dann die Aufnahme der Milch mit der Erklärung zugegeben, daß sie deßwegen nicht processiren wollen;

c) Kaspar Bodmer auf Obermatt: Vor drei Jahren habe er, Zeuge, einen Theil der Hütte im untern Schwanden gekauft und sei damit dort Hüttengenosse geworden; ein Theil der dortigen Sentengenossen habe anfänglich gegen seine Aufnahme opponirt und ihm einen gemeindeammannamtlichen Abschlag zugesendet; auf eingeholten Rechtsvorschlag sei ihm die Aufnahme gestattet worden;

d) Jakob Hottinger im Altschloß, Schwager des Kaspar Bodmer: Er selbst habe dem Bodmer vor drei bis vier Jahren

einen Achttheil von der Hütte in Schwanden verkauft; die dortigen Sentengenossen hätten den Bodmer gerne aufgenommen;

e) Johannes Isler im Erni: Im Jahr 1811 habe Herr alt Kantonsrath Hauser zur Treu in Wädenschweil als Eigenthümer eines Heimwesens an der hintern Egg einen Antheil Hütte an der vordern Egg gekauft und habe von da an dort gekäset, während er früher in der hintern Egghütte genössig gewesen sei;

f) Johannes Tanner an der Egg: Man habe seinerzeit die Aufnahme des Philipp Höhn gestattet, weil man dessen Milch nöthig gehabt habe, gegenwärtig gäbe es Anstände, wenn ein Anderer in die Sentengenossenschaft hinein wollte; durch den Ankauf eines Hüttentheils werde man nicht Theilhaber an der Sentengenossenschaft, alle Genossen müßten damit zufrieden sein; es sei nachtheilig, wenn zu viel Milch in eine Hütte gebracht werde;

g) Johannes Bär auf dem Hüttenboden: Er sei seinerzeit durch Einkauf in der Hütte im Rebgarten in Hütten sentengenössig geworden; es sei dann unter seiner, des Zeugen, Mithülfe eine neue Hütte außerhalb Hütten erbaut worden; er, Zeuge, würde gerne auf sein altes Hüttenrecht verzichten, allein man wolle dieß nicht zugeben; die beiden Hütten, die alte und die neue, stehen mit einander in Verbindung;

h) Zimmermann Jakob Schärer in Richtenschweil: Von seinem Vater habe er sagen gehört, es besitzen die Beklagten etwas Güter, die in einem Auffalle des Bodmer das Hüttenrecht verloren haben, weil die Notariatskanzlei die Vorstellung vergessen habe;

i) Hs. Heinrich Schärer auf Samstagern: Die Beklagten seien im Besitz einer Weid, welche früher in die hintere Egghütte genössig gewesen sei; das Hüttenrecht sei aber im Concurse eines frühern Eigenthümers, Bodmer, verloren gegangen, weil die kanzleiische Uebertragung vergessen worden sei; —

G. Die von den Klägern für den Gegenbeweis anerbotenen Zeugen geben Folgendes an:

a) alt Präsident Heinrich Schärer zum Rößli in Schönenberg: Er habe 45 Jahre lang mit der Sennerei sich beschäftigt und habe in den Gemeinden Wädenschweil, Richtenschweil, Hütten, Schönenberg und Hirzel Senten gehabt und zwar gleichzeitig mehr als eine; während dieser Zeit habe er die Erfahrung gemacht, daß Keiner, der mit seinen Gütern zu einer Sentengenossenschaft gehöre, einseitig zu einer andern Sentengenossenschaft treten könne ohne Zustimmung der beidseitigen Sentengenossen; diese Uebung (Zeuge habe einzelne ihm vorgekommene Fälle aufgezählt) herrsche durchweg in den bezeichneten Gemeinden und es liege die Aufrechthaltung derselben im größten Interesse der Senten; hieraus folge dann auch, daß die Erwerbung eines Hüttentheils noch keineswegs das Recht gebe, in die betreffende Sentengenossenschaft aufgenommen zu werden;

b) Armenpfleger Hauser: Er habe immer die Ansicht gehabt, daß Jemand, der zu einer gewissen Hütte gehöre, nicht einseitig von derselben sich trennen und zu einer andern gehen könne;

c) Armenpfleger Heinrich Schärer im Schönenberg: In ihrer Sente (zu welcher Zeuge gehöre) gehe man von der Ansicht aus, daß man keinen alten Genossen weg und keinen neuen zulasse;

d) Rudolf Pfister im Sunft: So viel er wisse und erfahren habe, könne Keiner aus einer Hütte treten oder in eine solche aufgenommen werden, ohne Zustimmung Aller;

e) Ulrich Rusterholz: Man habe seinerzeit gegen Ausstellung des bei den Acten liegenden Scheines den Beklagten gestattet, die Milch in die vordere Egghütte, wo Zeuge gekäset habe, zu bringen;

f) Johannes Huber im Holz, Konrad Eschmann und Kaspar Rusterholz auf Rothenblatt: Zu allen Zeiten haben Beklagte zu ihrer (der Zeugen) Hütte im Holz gehört; durch das Weg-

treten derselben sei dieser Hütte großer Schaden zugefügt worden, weil man nun dort zu wenig Milch habe; processirt habe man deßwegen nicht, weil man angenommen, Beklagte könnten in der Egghütte, wo man zu viel Milch habe, abgewiesen werden;

g) Präsident Pfister im Schönenberg: So viel er wisse, komme es, wenn es sich um Aufnahme in eine Sentengenossenschaft handle, darauf an, ob man bereits schon genug Milch habe oder nicht;

h) Jakob Rusterholz, alt Senn zur Tanne, mache ungefähr die gleichen Angaben wie Ulrich Rusterholz:: —

in Betrachtung:

1) Daß die sogenannten Sentengenossenschaften offenbar nichts Anderes sind als gesellschaftliche Verbindungen von Güterbesitzern mit dem Zwecke der gemeinschaftlichen Käsebereitung; —

2) daß die Natur und der Zweck dieser Verbindungen es mit sich bringt, daß einerseits nur Besitzer von in einem gewissen örtlichen Verbande stehenden Grundstücken und anderseits eine angemessene Anzahl derselben an der Verbindung Theil nimmt; —

3) daß somit die eigentliche Grundlage dieser Genossenschaften die den Theilnehmern zustehenden Güter bilden, indem von dem Umfang dieser die Größe des Viehstandes der Genossen und hievon wieder die Quantität der zur Käsebereitung zu verwendenden Milch abhängt; —

4) daß solche Genossenschaften unter den rechtlichen Begriff der Gesellschaften fallen und daß die hiebei geltenden Grundsätze so lange bei denselben zur Anwendung zu bringen sind, als nicht entweder das Erwäg. 3 bezeichnete Verhältniß mit Nothwendigkeit eine Abweichung erheischt, oder als nicht die Statuten der Genossenschaft oder eine bei derselben anerkannte Uebung eine Ausnahme von der Regel rechtfertigt; —

5) daß nun bei den Beklagten, welche in die Sentengenossenschaft der Kläger gegen den Willen derselben treten und denselben gegen-

über wirkliche Genossenrechte in Anspruch nehmen wollen, in Frage kommt, ob ihre Ansprache hergeleitet werden könne:

a) aus der Eigenschaft derselben als Miteigenthümer der Sennhütte an der vordern Egg, welche von den Klägern zur Käsebereitung gebraucht wird, namentlich aus der von ihnen behaupteten theils allgemein, theils speciell bei der Genossenschaft der Kläger geltenden Uebung, wonach der bloße Erwerb eines Hüttentheiles ohne das weitere Requisit des Besitzes von zum genossenschaftlichen Verbande gehörenden Gütern zur Theilnahme an der Genossenschaft berechtigen soll;

b) aus dem behaupteten Besitze von sentengenössigen Grundstücken; —

6) daß die Beklagten weder in der einen noch in der andern Beziehung den ihnen obgelegenen Beweis geführt haben, indem

a) nicht einzusehen ist, aus welchem innern Grunde der Erwerb eines bloßen Hüttentheils (des Miteigenthums an dem Käsefabrikationsgebäude) ein Recht zur Theilnahme an der Genossenschaft selbst (der Fabrikationsgesellschaft) geben sollte und wie es sich rechtfertigen ließe, daß in einem solchen Falle die Aufnahme in die Genossenschaft gegen den Willen und gegen das Interesse der bisherigen Genossen von einem Dritten, Nichtgenossen, erzwungen werden könnte;

b) Beklagte auch keineswegs erwiesen haben, daß eine derartige Uebung in den Sentengenossenschaften der Gegend, in welcher die klägerische Genossenschaft sich befindet, oder speciell bei der klägerischen Genossenschaft selbst herrschend sei; vielmehr gerade umgekehrt das Resultat des Zeugenbeweises dahin geht, daß eine Sentengenossenschaft unter keinen Umständen verpflichtet ist, dritte nicht zu ihrem Verband gehörende Güterbesitzer in denselben aufzunehmen, ja sogar daß vermöge des factischen Zusammenhanges, in welchem die Genossenschaftsrechte zu

dem Besitze gewisser Grundstücke stehen, die zu einer Genossenschaft gehörenden Personen nicht einmal berechtigt sind, gegen den Willen der Mitgenossen aus dem Verbande auszutreten und in einen andern überzutreten, weil durch ein solches Verfahren der Zweck und das Gedeihen von Genossenschaften in hohem Grade gefährdet würde;

c) Beklagte eben so wenig bewiesen haben, daß sie als Besitzer von sentengenössigen Grundstücken zur Theilnahme an der klägerischen Genossenschaft berechtigt seien, weil, wenn auch, wofür bloße Andeutungen in den Acten liegen, Beklagte in dem Besitze eines Grundstückes sich befinden sollten, welches einmal in einer frühern Zeit im Besitze eines Hüttengenossen war, dieß deßwegen völlig gleichgültig ist, weil ein solches in einer frühern Zeit mit Bezug auf ein einzelnes Grundstück bestandenes Verhältniß nicht maßgebend sein könnte, um so weniger da, wo ein solches Grundstück einen kleinen und unwesentlichen Bestandtheil eines Gütercomplexes bildet, der bisher immer zu einer andern Sentengenossenschaft gehört hat, wie dieß erwiesenermaßen bei dem Heimwesen der Beklagten der Fall ist:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Seien Kläger berechtigt, die Beklagten von der Theilnahme an ihrer Sentengenossenschaft auszuschließen; —

2. Tragen die Beklagten die sämmtlichen erlaufenen Kosten; —

3. Haben die Beklagten den Klägern eine Proceßentschädigung von 50 Fr. zu bezahlen.

In Folge der von den Beklagten gegen dieses Urtheil ergriffenen Berufung hat sodann die Civilabtheilung des Obergerichtes unterm 18. Juni 1853,

in Erwägung:

1) Daß, nachdem die Beklagten erklärt haben, ihren Anspruch auf Zugehörigkeit zu der Sentengenossenschaft an der vordern Egg in erster Linie lediglich auf den im Jahre 1850 stattgehabten und nicht bestrittenen Ankauf eines ein Achttheil betragenden Hüttentheiles stützen zu wollen, die Entscheidung des Processes zunächst von der Rechtsfrage abhängt, ob nach dem für die betreffende Sentengenossenschaft geltenden Rechte anzunehmen sei, daß der Erwerb eines Hüttentheils ohne weitere Requisite das Recht der Zugehörigkeit zu der Sentengenossenschaft, die zu dieser Hütte in Beziehung steht, gewähre; —

2) daß, da Statuten der Genossenschaft, welche die betreffende Rechtsfrage entscheiden oder doch für die Entscheidung einen Anhalt geben könnten, nicht vorhanden sind, wenigstens von keiner der beiden Parteien angerufen werden, die Entscheidung nur daraus abgeleitet werden kann, was

   a) auf Grundlage des Zweckes, für den die Genossenschaft besteht, der Art und Weise, wie dieselbe hergestelltermaßen wirksam wird und sich bethätigt, und des Inhaltes, den das Recht auf einen Hüttentheil nach geltender Ansicht hat, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Bedingungen der Zugehörigkeit zu der Genossenschaft sich ergibt;

   b) als ungeschriebene, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen möglicher Weise derogirende Rechtsübung der Genossenschaft durch das stattgehabte Beweisverfahren hat hergestellt werden können; —

3) daß nun in ersterer Hinsicht weder die Auffassung der Kläger, wonach ihre Vereinigung als eine reine Erwerbsgesellschaft zu betrachten sei, die zu gemeinsamer Betreibung der Käsefabrikation sich verbunden habe, und der Sennhütte nur als eines Mittels oder Werkzeuges für diese Fabrikation sich bediene, das möglicher Weise im Eigenthum dritter Personen stehen und von der Gesell-

schaft auch nur gemiethet sein könnte, also rechtlich in keiner wesentlichen und nothwendigen Beziehung zu der Gesellschaft sich befinde, — noch die Auffassung der Beklagten, wonach die Gemeinschaft der Genossen lediglich in gemeinsamer Benutzung der Sennhütte kraft ihres Miteigenthums an derselben durch Verkauf der in die Hütte gelieferten Milch an den Senn ohne weitere Verbindung zu gemeinsamer Fabrikation bestehen würde, als genau und dem Ergebniß der Acten gemäß erscheint, indem, was die erstere Auffassung betrifft, zwar zugegeben ist, daß für die Verwendung der Milch der Genossen zur Käsebereitung eine Gemeinschaft besteht, die, auch wenn der Senn die Milch der Genossen ankauft und auf eigene Rechnung die Käsefabrikation betreibt, in dem bestimmten Rechte, die eigene Milch mit der der andern Genossen in dieser Weise zum Verkaufe zu bringen, in der Anstellung des Sennes und der Abschließung des Vertrages mit demselben, in dem hergestellten Rechte, nichtgenössigen Personen die Lieferung von Milch zu untersagen u. s. f., ihre Wirksamkeit äußert und die leicht ohne wesentliche Aenderung der Grundlagen des Rechtsverhältnisses durch Einführung einer andern Weise des Betriebes noch deutlicher hervortreten könnte; auf der andern Seite aber ebenfalls feststeht, daß die Genossenschaft in einer bestimmten, nicht bloß zufällig rechtlichen Beziehung zu der Hütte, von der sie selbst den Namen hernimmt, sich befindet, daß als zum Inhalte des Genossenrechtes gehörig betrachtet wird, gerade in dieser Hütte die Milch verwenden zu können und ein hierauf bezügliches dingliches Recht an der Hütte zu haben, daher auch Kläger selbst (s. Appellationsreceß S. 21) darauf hindeuten, daß das von ihnen für die Zugehörigkeit zur Genossenschaft verlangte Requisit des Besitzes bestimmter Güter auch auf den Erwerb von Miteigenthum an der Hütte bezogen werden sollte, — hinsichtlich der zweiten Auffassung zu bemerken ist, daß der jedenfalls vor-

handene, in gemeinsamer Verwendung der Milch bestehende, Zweck der Verbindung über die aus dem Miteigenthum an der Hütte erklärbaren Wirkungen hinausgeht und nicht bloß als Ausfluß desselben betrachtet werden kann, wie — auch abgesehen von dem bereits mit Bezug auf die erste Auffassung Gesagten — daraus sich ergibt, daß der Umfang des Rechtes, Milch in die Hütte zu bringen, anerkanntermaßen nicht nach der Größe des Antheils an dem Eigenthume der Hütte sich richtet und bedeutende Indicien dafür sprechen, daß für den Genossen, so lange er zu der Genossenschaft gehört, nicht bloß ein Recht, sondern auch eine Pflicht, die zur Verkäsung bestimmte Milch in die Hütte der Genossenschaft zu bringen, angenommen wird; —

4) daß vielmehr die fragliche Vereinigung als eine über den bloßen Verband von Miteigenthümern hinausgehende wahre Genossenschaft aufzufassen ist, deren Glieder — hier abgesehen von den Personen, denen, ohne daß sie wahre Genossen wären, nur vorübergehend gestattet wird, ihre Milch ebenfalls zu liefern — im Besitze von sogenannten Hüttenrechten sich befinden, d. h. Theilrechten, die mit dem Antheil des Eigenthums an der Hütte zugleich auch Rechte und Verpflichtungen hinsichtlich der Lieferung und Verwendung der Milch in sich fassen, wie denn auch die Aussagen der abgehörten Zeugen (Jakob Hottinger Act. 9, r. 4: „Philipp Höhn kaufte den Hüttenantheil mit der Gerechtigkeit am Sennkessel" 2c.; 9, 4: „Er hat das Recht erworben, die Milch in der Hütte zu nutzen wie ein Anderer"; — Joh. Isler Act. 9, r. 5: „H. Hauser hätte seinen Antheil nicht gekauft, wenn Jemand Etwas dagegen gehabt hätte, daß er seine Milch in die Hütte bringe"; — Joh. Tanner Act. 9, r. 3: „Er wollte seine Milch in die Hütte bringen und kaufte deßhalb einen Antheil"; — Präsident Heinrich Schärer Act. 9, r. 1: „Man offerirte dem Armenhaus einen Hüttentheil, um seine

Milch zu erhalten"; — Act. 9, r. 5: „H. Hauser trug die Milch in die vordere Hütte, weil er dort einen Hüttentheil erwarb"; — Präsident Pfister Act. 9, r. 2: „Ich bin der Meinung, daß, wenn man Etwas [einen Hüttentheil] kauft, man damit auch Gebrauch machen könne") so wie der Wortlaut des Kaufvertrages Act. 8 (H. Rusterholz verkauft seinen bisher besessenen Achtelstheil an der Sennhütte „mit Nutzen und Beschwerden, wie solchen der Verkäufer besessen") deutlich zeigen, daß bei der Veräußerung von Hüttentheilen weder bloß an das ohne Antheil an der Genossenschaft fast nutzlose Miteigenthum an der Hütte, noch auch bloß an die Berechtigung zur Milchlieferung abgesehen von einem dinglichen Rechte an der Hütte selbst gedacht, sondern Beides als zusammengehörig behandelt wird, bei dieser Auffassung nun aber weder die Grundsätze des Miteigenthums, wonach freie Veräußerung der Antheile und nothwendiger Eintritt des Erwerbers eines Antheiles in die Gemeinschaft der Miteigenthümer von selbst sich ergeben müßte, noch die Grundsätze der reinen Gesellschaft, welche für den Eintritt in die Gesellschaft, der von dem Erwerbe des Miteigenthums an der Hütte nicht abhängig sein könnte, die Nothwendigkeit einer Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter ergeben würde, zur Anwendung kommen, sondern die Analogie des Rechtes der Genossenschaften mit Theilrechten, wie z. B. der Gerechtigkeitscorporationen und der Actiengesellschaften leiten muß; —

5) daß nach dieser Analogie, so weit nicht hier allerdings nahe liegende und leicht mögliche Beschränkungen aus Statuten oder vorhandener Rechtsübung nachgewiesen werden können, als Regel freie Veräußerlichkeit und Vererbung der Theilrechte und somit Eintritt in die Genossenschaft bei Erwerb eines Theilrechtes auch ohne Zustimmung der Genossen sich ergibt, indem Theilrechte dieser Art einen so bestimmten, von der Persönlichkeit des In-

habers in der Ausübung wenig abhängigen Inhalt der Rechte und Verbindlichkeiten in sich tragen, daß sie ungeachtet der vorhandenen gesellschaftlichen Verbindung zum freien Verkehre gleich selbstständigen Privatrechten sich eignen; —

6) daß hienach, da der Hüttenantheil, den die Beklagten käuflich erworben haben, als ein Hüttenrecht der bezeichneten Art aufzufassen ist, ihre Zulassung zu der Genossenschaft und die Abweisung der Klage stattfinden muß, insofern nicht eine Beschränkung freier Veräußerlichkeit der Hüttenrechte als durch specielle Rechtsübung feststehend nachgewiesen werden kann, und nun in dieser Hinsicht von Seite der Kläger behauptet wird, die Aufnahme in die Genossenschaft sei stets von der Einwilligung der Genossen abhängig gewesen oder stehe doch in der Weise mit dem Besitze bestimmter Güter in Verbindung, daß nur Inhaber solcher Güter, deren Pertinenz die Sentengenössigkeit sei, Anspruch auf Zugehörigkeit zu der Genossenschaft auch abgesehen von besonderer Einwilligung der Genossen machen können; —

7) daß nun allerdings, da der für das Gedeihen der Käsebereitung wichtige Umfang der Milchlieferung der einzelnen Genossen von dem Umfange ihrer Güter abhängig ist und zu dem Maße des Antheiles an der Hütte nicht in nothwendige Beziehung gebracht wird, bedeutende innere Gründe für das Interesse sprechen, den neuen Erwerb von Hüttentheilen zu beschränken und von der Zustimmung der Genossen oder dem Besitz bestimmter Güter abhängig zu machen, und auch die Aussagen einzelner der abgehörten Zeugen die vorhandene Neigung und Tendenz, zum Behufe der Wahrung des bezeichneten Interesses nicht bloß den Eintritt in die Genossenschaft, sondern auch den Austritt aus derselben an die Bewilligung der Genossen zu knüpfen, bestätigen, eine bestimmt und entschieden ausgebildete dießfällige Rechtsgewohnheit aber, die dem Urtheile zu Grunde gelegt werden könnte,

nicht als nachgewiesen betrachtet werden kann, wenn berücksichtigt wird:

a) daß Kläger selbst die Rechtsgültigkeit der Veräußerung des Hüttenantheils an die Beklagten nicht bestimmt bestreiten, während der Hüttenantheil oder das Hüttenrecht nach dem bereits Gesagten das Recht zur Milchlieferung mit in sich faßt, und die Scheidung, welche die Kläger zwischen dem Eigenthum an der Hütte und der Zugehörigkeit zu der Gesellschaft treffen wollen, auf einer der geltenden Ansicht und der Meinung der Contrahenten widersprechenden unhaltbaren Abstraction beruht;

b) daß die Zeugen, welche für die Nothwendigkeit der Zustimmung der Genossen sprechen, nur ihre persönliche Ansicht äußern, ohne bestimmte Fälle, in denen das dießfällige Requisit mit Erfolg geltend gemacht worden wäre, anführen zu können, während auf der andern Seite Fälle nachgewiesen sind, in denen die Genossen, ungeachtet sie anfangs versuchten, eine Einsprache gegen neue Erwerber eines Hüttentheiles geltend zu machen, von der Einsprache wieder zurückgetreten, ohne ihr vermeintliches Recht beharrlich geltend zu machen;

c) daß hinsichtlich der Verbindung der Zugehörigkeit zur Genossenschaft mit dem Eigenthum an bestimmten Gütern die Zeugenaussagen noch unbestimmter lauten, während klar vorliegt, daß die Aufrechthaltung einer solchen Verbindung bei der großen Schwierigkeit der Durchführung sehr bestimmt ausgebildete Grundsätze namentlich hinsichtlich des Objectes, an das das betreffende Recht geknüpft sein soll (ganzer Complex von Gütern oder einzelne bestimmte Grundstücke), verlangen würde;

d) daß das eingelegte rechtskräftige Urtheil des Bezirksgerichtes Horgen vom 3. Juli 1837, so weit die damals beurtheilten Rechtsverhältnisse aus demselben ersichtlich sind, hier keinen

Einfluß äußern kann, weil die Entscheidung, wodurch die Besitzer gewisser Häuser verpflichtet werden, Milch in eine Hütte abzuliefern, auf einen speciellen Vertrag sich stützt, für eine allgemeine Rechtsübung im Sinne der Kläger aber Nichts enthält; —

8) daß unter diesen Umständen auf die eventuelle Behauptung der Beklagten, sie seien im Besitze eines Grundstückes, dem die Sentengenössigkeit, falls überhaupt eine Verbindung dieser letztern mit bestimmtem Grundbesitz existire, zugeschrieben werden müßte, nicht weiter eingetreten zu werden braucht:: —

durch Stimmenmehrheit,

gegenüber einem Antrage auf Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urtheils,

gefunden:

Sei die Appellation der Beklagten begründet, und demnach

erkannt:

1. Seien die Kläger nicht berechtigt, die Beklagten von der Theilnahme an ihrer Sentengenossenschaft auszuschließen; —

2. Haben Kläger die erst- und zweitinstanzlichen Kosten und eine Entschädigung von 70 Fr. an die Beklagten zu bezahlen; —

3. Sei die von der ersten Instanz den Klägern gesprochene Entschädigung aufgehoben.

XII.

1. Hinsichtlich der Zeit und der Art der Präsentation und der Protesterhebung der Wechsel kommen die Gesetze des Ortes zur Anwendung, wo die Wechsel präsentirt und protestirt werden.

2. Die Protesterhebung soll dem Regreßpflichtigen sofort zur Kenntniß gebracht werden.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 1. September 1853,
nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Herrn J. A. Helbig in Oberstraß, betreffend Beschwerde über eine Rechtsöffnungsverfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Zürich,
da sich ergeben:

A. Am 25. April d. J habe Wilhelm Helbig in Brambach vier Wechsel für 100, 150, 200 und 300 Reichsthaler Curant auf sich selbst ausgestellt und am 27. gl. M. an den Recurrenten indossirt, welcher sie am 12. Mai d. J. an Herrn J. U. Surber dahier und dieser wieder an Herrn J. R. Hardmeier dahier und dieser an Herrn Hirzel und Comp. in Leipzig indossirt habe; —

B. Da die Herren Becker und Comp. in Leipzig, in deren Geschäftslocal der Betrag der Wechsel „ultimo Juli d. J." hätte bezahlt werden sollen, die Bezahlung „wegen fehlenden Berichtes" verweigert, so habe Herr Hirzel und Comp. in Leipzig am 2. August d. J. Protest erheben lassen und Herr Hardmeier habe am 11. gl. M. hievon unter Beilegung einer Retourrechnung nebst Kosten im Betrage von 2787 Fr. 45 Rpn. dem Herrn Surber Anzeige gemacht; —

C. Am 13. August d. J. habe Herr Surber den Recurrenten

für diese Forderung sammt Kosten betrieben, dieser aber habe Recht vorgeschlagen; —

D. Durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Zürich vom 17. August d. J. seien zu Gunsten des Herrn Surber die Rechte für 2756 Fr. 25 Rpn. als Betrag von vier Wechseln, 15 Fr. 25 Rpn. Protestkosten, 9 Fr. Provision, nebst Zins und 2 Fr. 30 Rpn. Rechtsöffnungskosten auf den Recurrenten geöffnet worden, da

1) die Einrede, die Wechsel seien zu spät protestirt worden, unrichtig sei, indem dieselben ultimo Juli fällig gewesen, die Proteste aber am 2. August erhoben worden seien und nach § 41 der deutschen Wechselordnung der Protest spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage erhoben werden müsse und wenn der Recurrent aus §§ 43 und 44 ableiten wolle, daß für domicilirte Wechsel eine kürzere Frist gelte, dieses nicht richtig sei, da jene Stellen nur von dem Verhältnisse des Wechselinhabers zum Acceptanten, nicht aber von der Frist zur Erhebung des Protestes reden und

2) auch die Einrede, daß der Protest zu spät ihm mitgetheilt worden, resp. die Regreßnahme verspätet sei, nicht Stich halte, da die hiesige Wechselordnung, welche für die Handlungen zwischen den hiesigen Parteien allein in Betracht komme, dafür keine bestimmte Frist ansetze, vielmehr nach § 30, Abschnitt 3 selbst bei Verspätung des Protestes die Haft nicht unbedingt wegfalle, somit, da von Verspätung der Mittheilung dort Nichts gesagt sei, angenommen werden müsse, daß diese nur dann in Betracht komme, wenn daraus ein wirklicher Schaden entstanden sei oder mit Wahrscheinlichkeit drohe, was hier gar nicht behauptet werde; —

E. Hierüber beschwere sich der Recurrent, indem er behaupte, die Wechsel seien nicht rechtzeitig zur Zahlung präsentirt worden (§ 41, litt. 1 der deutschen Wechselordnung in Verbindung mit §§ 30 und 31 daselbst); in § 44 daselbst heiße es ausdrücklich: die Präsentation müsse am Zahltag selbst erfolgen, sonst gehe der Anspruch an den Acceptanten

bei domicilirten Wechseln verloren, um so mehr an die Indossanten; — aus den Protesten gehe nun klar hervor, daß die Wechsel, weil sie von hier zu spät abgesandt worden, zwei Tage nach dem Zahlungstermin zur Zahlung präsentirt worden seien; — übrigens habe der Recurse an seinen Vormann noch gar nicht gezahlt; eventuell berühre dieß ihn, den Recurrenten, nicht; — ferner sei der Protest ihm und dem Recursen zu spät mitgetheilt worden, in welcher Beziehung die deutsche Wechselordnung zur Anwendung komme und nicht die hiesige; eventuell wäre derselbe auch nach § 26 der hiesigen Wechselordnung verspätet; —

F. Durch Beschluß der Justizcommission vom 24. August d. J. sei die Versilberung einstweilen sistirt worden; —

G. In Beantwortung der Recursschrift behaupte Herr Fürsprech Spöndlin Namens des Recursen, das Datum des letzten Indossamentes (23. Juni) zeige am besten, daß die Wechsel nicht zu spät nach Leipzig gekommen seien, und daß sie rechtzeitig protestirt worden, ergebe sich aus der beiliegenden Protestacte, verglichen mit Art. 41, lemma 4 d der deutschen Wechselordnung und dem beiliegenden Zeugniß des Leipziger Handelsgerichtes; für domicilirte Wechsel gelten betreffend die Zeit der Präsentation keine andern Bestimmungen (§§ 43 und 44 daselbst) und den Recurrenten berühre es nicht, ob der Vormann des Recursen bezahlt sei, übrigens wäre dieser wohl sonst nicht im Besitz der Wechselproteste (§ 54 daselbst); — ferner lege er die Retourrechnung und den Brief Hardmeiers vom 11. August ein und behaupte, der Recurse habe, als ihm am 12. August Abends von Hardmeier das Rechtsbot angelegt worden sei, dem Recurrenten Anzeige davon gemacht, welcher ihm dann Zahlung auf den 13. August versprochen und kein Wort von Zahlungsverweigerung gesagt habe; — am 13. August habe der Recurse mit Hardmeier abgemacht und dann den Recurrenten betrieben, also Nichts versäumt; —

H. Das Bezirksgerichtspräsidium Zürich erkläre, daß es sich zu einer Berichterstattung nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß das Dasein, die Größe und Fälligkeit der Forderung, auf welche sich die recurrirte Bewilligung zum schnellen Rechtstriebe bezieht, durch die im Originale eingelegten vier Wechsel von 300, 200, 150 und 100 Reichsthaler, sämmtlich datirt Brambach den 25. April 1853, zahlbar ultimo Juli, gezogen von W. Helbig an eigene Ordre auf J. K. Bluntschli in Zwickau und domicilirt bei Becker und Comp. in Leipzig mit mehreren ununterbrochenen Indossamenten, worunter auch dasjenige des Recurrenten an den Recursen versehen, sodann durch die über diese Wechsel zu Leipzig Mangel Zahlung erhobenen Protestacten und endlich durch die Retourrechnung des Nachmanns des Recursen, J. R. Hardmeier dahier, datirt Zürich 11. August 1853, hergestellt, dieselbe also an sich in allen Beziehungen liquid ist, wie denn auch die Einsprache nicht sowohl gegen die Forderung als gegen die Zulässigkeit des schnellen (Wechsel-) Rechtstriebes gerichtet ist; —

2) daß diese Einsprache nun aber nicht etwa auf Verjährung begründet wird, was auch in der That nicht möglich gewesen wäre, da seit Verfallzeit der Wechsel bis zu Geltendmachung des Regresses wegen nicht erfolgter Zahlung gegen den Recurrenten als Indossanten die drei Monate, welche der § 25 der Wechselordnung festsetzt, noch nicht verstrichen waren, vielmehr die Einreden hergenommen werden:

a) von angeblich verspäteter Präsentation zur Zahlung am Orte des Domicils,

b) von angeblich verspäteter Protesterhebung wegen nicht erfolgter Zahlung,

c) von angeblich verspätet oder gar nicht erfolgter Notification der Protesterhebung, —

alle diese Einreden sich aber als unbegründet darstellen, wenn berücksichtigt wird, daß sie alle sich auf die Form des betreffenden

Rechtsgeschäftes oder der in Rede stehenden Rechtshandlung beziehen, für die Form aber die Gesetze des Ortes, wo sie vorzunehmen war, maßgebend sind (locus regit actum) und sonach hinsichtlich der Zeit und Art der Präsentation und Protesterhebung im vorliegenden Falle die in Leipzig als dem Domicil der vier Wechsel geltende allgemeine deutsche Wechselordnung, für die Notification der Protesterhebung an den mit Regreß belangten, in hiesigem Kantone wohnhaften Recursen aber die zürcherische Wechselordnung zur Anwendung kommt, und nun

ad a: die allgemeine deutsche Wechselordnung eine Bestimmung, daß gerade am Verfalltage selbst die Präsentation zur Zahlung geschehen müsse und die Androhung eines Nachtheils für die später, jedoch innerhalb der Protestfrist geschehene Präsentation nicht enthält, auch daß nach dem Sinne und Geiste derselben die Präsentation während der Protestfrist noch als rechtzeitig erfolgt anzusehen sei, um so weniger Zweifel obwalten kann, als theils nach § 40 derselben der Acceptant erst nach Ablauf der Protestfrist zur Deposition des Wechselbetrages auf Kosten und Gefahr des Inhabers des Wechsels befugt, theils gemäß der Motive der Wechselordnung die Protestfrist zu Gunsten des Präsentanten und nicht des Zahlungspflichtigen eingeführt worden ist (§ 41 ibid. und Protokoll der zur Berathung einer allgemeinen deutschen Wechselordnung in Leipzig abgehaltenen Conferenz, Mannheim bei Bassermann, 4to, S. 38), wie denn auch Brauer in den Erläuterungen zu § 41 der allgemeinen deutschen Wechselordnung ausdrücklich hinsichtlich der Präsentation zur Zahlung bemerkt, es müsse dieselbe am Verfalltage oder „wenigstens innerhalb der für die Protesterhebung gestatteten Frist“ erfolgen, daher denn diese Einrede

mit der zweiten lediglich zusammenfällt und sich sonach weiter fragt,

ad b: ob rechtzeitig protestirt worden sei; aber auch diese Frage bejaht werden muß, weil der cit. § 41 der allgemeinen deutschen Wechselordnung die Protesterhebung noch am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage gestattet, und nun, da der Zahlungstag aller vier Wechsel (ultimo Juli) auf den 31. Heumonat, mithin, da dieser Tag ein Sonntag war, gemäß § 92 der gleichen Wechselordnung auf Montag den 1. August, als dem nächsten Werktag nach dem Verfalltage, fiel, durch die am Dienstag 2. August erfolgte Protesterhebung die gesetzliche Frist ganz gehörig ist eingehalten worden;

ad c: zwar der § 26 der zürcherischen Wechselordnung dem Inhaber eines protestirten Wechsels zur Pflicht macht, „den Wechsel sammt Protest an seinen Cedenten, oder an einen andern Freund auf dem Platze, wo der Wechsel rembourfirt werden soll, mit erster Gelegenheit zu versenden", und dießseitige Stelle bisher von der Ansicht ausgegangen ist, daß dieß zum Zwecke sofortiger Notifikation der Protesterhebung an den Regreßpflichtigen vorgeschrieben sei und die Unterlassung der vollständigen Liquidität der Wechselforderung und hiermit der Zulässigkeit der darauf beruhenden Execution durch den schnellen Rechtstrieb entgegenstehe (Recursalbescheid vom 17. Juni 1848 bei Schauberg, Beiträge Bd. IX, S. 448 ff.; 27. November 1851, Bd. XIV, S. 298 ff), jedoch auch in dieser Beziehung von dem Recursen das Erforderliche geschehen ist, indem aus dem von ihm im Originale eingelegten Notifikationsbriefe seines Nachmannes J. R. Hardmeier und der demselben beigelegten Retour=

rechnung, beide vom 11. August datirt, übrigens nach der, freilich unbelegten, Behauptung des Recursen bei ihm erst am 12. gl. M. eingegangen, sich ergibt, daß er wenigstens nicht früher als am 11. Kenntniß von der Protesterhebung erhielt, während gemäß Inhaltes der recurrirten Rechtsöffnung und des Auszuges aus dem Schuldenschreiberprotokolle die Betreibung des Recurrenten schon am 13. August stattfand, so daß hier, auch abgesehen von der Behauptung des Recursen, es habe Recurrent ihm noch am 12. Abends Zahlung auf den 13. Vormittags versprochen, woraus dann eine schon am 12. dem Recurrenten erfolgte Mittheilung sich herausstellen würde, die sofortige Inkenntnißsetzung des Recurrenten (und daß eine solche nicht auch durch gerichtliche Schritte erfolgen könne, ist nirgends gesagt und um so weniger anzunehmen, als die möglichst baldige Mittheilung an den mit Regreß Belangten offenbar nur den Zweck hat, ihn in den Stand zu setzen, seine Maßnahmen auch gegen die ihm selbst Regreßpflichtigen ergreifen und sich dadurch wo möglich vor Schaden wahren zu können) außer Zweifel gesetzt ist; —

3) daß, wenn dann aber Recurrent auch noch darauf abstellen zu können vermeint, daß dem Recursen zu spät notificirt worden sei, daraus, gesetzt, es wäre dieß richtig, nur folgt, daß Letzterer vielleicht Einwendung gegen die schnelle Betreibung hätte erheben können, für ihn, den Recurrenten, aber daraus sich Nichts ableiten läßt, indem es sich hiermit nicht wie mit andern, im Interesse sämmtlicher Wechselbetheiligten festgesetzten Solennitäten, z. B. der Präsentation, Protesterhebung u. s. w. verhält, was sich namentlich aus der Vergleichung des § 30 der Wechselordnung, in welchem unter den Obliegenheiten, die ein Wechselinhaber allen Betheiligten

gegenüber zu erfüllen hat, die Notifikation der Protesterhebung an den Vormann nicht aufgezählt ist, ergibt:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet und die von der Justizcommission verfügte Sistirung der Versilberung wieder aufgehoben; —

2. Trage Recurrent die Kosten und entschädige den Recursen mit 4 Fr.

XIII.

Eine bei Ablösung des Grundzinses nothwendig werdende Nachzahlung hat der ursprüngliche Grundzinspflichtige zu leisten.

Die sog. Grundzinscorporation zu Bassersdorf hatte im Jahr 1833 die Ablösung ihres schuldigen Grundzinses in zehn Jahresraten beschlossen, welche bis zum Jahr 1843 geleistet wurden; es ergab sich dann aber, daß dieselben zu Deckung der sämmtlichen über den Loskauf des Grundzinses, die dießfällige Liquidation und die Abschreibung im Grundprotokoll entstandenen Kosten nicht völlig ausreichen; das daherige Deficit wurde demnach auf die grundzinspflichtig gewesenen Güter verhältnißmäßig verlegt; B , einer der Grundzinspflichtigen, verweigerte dann aber die Bezahlung der zu Anfang des Jahres 1853 durch den Rechtstrieb von ihm eingeforderten Rate und wendete ein:

a) er sei seit dem Jahr 1849 nicht mehr Eigenthümer jener grundzinspflichtig gewesenen Güter, sondern habe sie in jenem Jahre an seine Frau und diese später weiter verkauft; er hafte somit auch für diese erst im Jahr 1851 beschlossene Nachzahlung nicht;

b) die Forderung sei verjährt.

Beide Einreden wurden jedoch verworfen; die dießfällige Begründung geht dahin:

ad a: daß diese Einrede unerheblich ist, weil, wenn sich auch die gänzliche Liquidation dieses Verhältnisses bis 1851 verzögert und erst in diesem Jahre genau heraus gestellt zu haben scheint, daß die ursprünglich angesetzten Loskaufsraten zu vollständiger Deckung des Grundzinscapitals und der Kosten nicht völlig zureichen und wie viel daran fehle, beziehungsweise wie groß die von den Einzelnen zu machenden Nachzahlungen seien, — doch, da sich von selbst versteht, daß überhaupt von ihnen so viel, als zu Erreichung des von Allen gebilligten Zweckes erforderlich war, geleistet werden müsse, — die Verbindlichkeit, weitere Zahlungen zu leisten, wenn die Raten, mit denen man ursprünglich auszukommen verhoffte, nicht zureichen, in dem Augenblicke, als der Loskauf von den Betheiligten beschlossen worden war, für jeden einzelnen Besitzer grundzinspflichtigen Landes entstanden ist; hievon ausgegangen aber Recurse von einer Verpflichtung, die er schon 1833 übernommen hat, darum, weil er inzwischen die Grundstücke, mit Bezug auf welche sie eingegangen wurde, veräußert hat, nicht befreit sein kann, weil, wenn man auch annehmen will, daß diese Verpflichtung ursprünglich eine mehr dingliche Natur gehabt habe, in der Weise, daß, wie diejenige zur Zahlung der vorläufig festgesetzten zehn Raten mehr auf dem grundzinspflichtigen Grundstücke, d. h. auf dem jedesmaligen Eigenthümer desselben, gehaftet haben und somit die Leistung einer noch nicht verfallenen auf den neuen Erwerber des Grundstückes übergegangen sein mochte, so es sich auch mit der Verpflichtung zur Nachzahlung verhalte, hieraus doch nur folgen würde, daß, so lange der Grundzins noch nicht ganz abgelöst war, die noch ausstehenden Ablösraten und verhältnißmäßig auch die erforderliche Nachzahlung Sache des neuen Erwerbers gewesen sein würde, indem diese Raten und Zahlungen als an

die Stelle des in Natur zu leistenden Grundzinses getreten sich betrachten ließen, wogegen jetzt, nachdem die sämmtlichen zehn ursprünglichen Ablösungsraten zu einer Zeit, wo Recurse seine grundzinspflichtigen Grundstücke noch besaß, verfallen und bezahlt, der Grundzins ebenfalls damals schon getilgt, in den Protokollen abgeschrieben worden und die Grundstücke von dieser Last befreit auf die neuen Erwerber übergegangen sind, sich (besondere, die Recurrentin nicht berührende, Vereinbarungen der Contrahenten vorbehalten) gar nicht ersehen ließe, wie diese neuen Erwerber, die weder in einem persönlichen Verhältnisse zu dem ehemaligen Grundzinsherrn oder der Gesammtheit der gewesenen Grundzinspflichtigen oder der Grundzinsloskaufsbehörde stehen, noch Grundstücke, auf denen ein Grundzins oder eine an dessen Stelle getretene Last haftet, sondern in dieser Beziehung ganz freie besitzen, zu Zahlung des die früher verfallenen Loskaufsraten bloß ergänzenden Nachschusses verpflichtet sein sollten, vielmehr diese Verpflichtung offenbar Niemanden anders treffen kann als Denjenigen, welchem jene ursprünglich etwas zu klein berechneten und daher jetzt zu ergänzenden Raten zu entrichten oblagen;

ad b: von einer Verjährung vollends keine Rede sein kann, da die Verbindlichkeit zur Nachzahlung erst entstand, als die Liquidation beendigt, oder doch so weit fortgeschritten war, daß das Dasein und die Größe eines Deficits sich herausstellte, nun aber, daß dieser Zeitpunct schon zehn Jahre vor der an den Recursen ergangenen Aufforderung zur Zahlung eingetreten sei, nicht nur von ihm nicht behauptet und noch weniger nachgewiesen ist, sondern sich das Gegentheil aus dem Inhalte der Recursschrift und den beigefügten Belegen ergibt. (Recursalbesch. der Civilabth. vom 9. April 1853 i. S. der Grundzinscorporation Bassersdorf.)

XIV.

Ueber das Nachbringen einer Forderung in einem schon anhängigen Processe.

Das Obergericht des Standes Zürich
hat
am 23. September 1851,
nach Anhörung des Antrages seiner Justizcommission, in Sachen des Herrn Fürsprech Meier, Namens des Herrn Gemeindspräsidenten Gut in Birmenstorf, als Vogtes des Gottfried Job daselbst, betreffend Beschwerde über einen Beschluß des Bezirksgerichtes Zürich,
da sich ergeben:

A. Recurrent habe gegen Herrn alt Präsidenten Klöti in der Binzmühle und Kaspar Wüst in der Weid zu Seebach einen Proceß über die Rechtsfrage: „Ob dieselben schuldig seien, an ihn 557 fl. zu bezahlen nebst Kosten?“ beim Bezirksgerichte Zürich eingeleitet und bei der ersten Verhandlung vom 5. Juli d. J. vorgetragen: die Beklagten haben für seine Forderung von 1062 fl. auf Rudolf Häberli in Birmenstorf Bürg- und Selbstzahlerschaft geleistet und werden nun von ihm für den bei der Liquidation der im Häberlischen Concurse gezogenen Unterpfande nicht erhältlich gewesenen Betrag von 542 fl. nebst 15 fl. Kosten belangt; der Anwalt der Beklagten habe darauf im Wesentlichen erwiedert: er gewärtige den Beweis für die Größe des Schadens und verlange vor Allem eine genaue Rechnung; — hierauf habe das Bezirksgericht dem Kläger zunächst Beibringung einer specificirten Rechnung

aufgegeben und sodann den Beweis dafür aufgelegt, wie viel er bei jenem Zuge im Häberlischen Concurse verloren habe, vorbehältlich des Gegenbeweises der Beklagten, namentlich dafür, daß und in wie weit der Kläger diesen Verlust selbst verschuldet habe; —

B. Bei der Stellung der specificirten Rechnung habe der Kläger gefunden, daß seine Forderung noch 117 fl. 21 ß. mehr betrage, und daher habe er dem Bezirksgerichte einen Nachtrag zu der Weisung eingereicht, die Rechtsfrage enthaltend: „Sind nicht die Beklagten schuldig, an den Kläger zu bezahlen außer den 557 fl. nebst Zinsen und Kosten, worüber bereits eine besondere Weisung ist ausgefertigt worden, noch im Fernern 117 fl. 21 ß.?"; —

C. Laut Beschlusses vom 19. Juli d. J. habe indeß das Bezirksgericht diese Weisung als bloßen Nachtrag zu der frühern nicht angenommen, weil, wenn auch an und für sich einer Vereinigung beider Nichts im Wege stünde, sofern über die Mehrforderung bereits verhandelt worden wäre, doch gegenwärtig, da Letzteres nicht der Fall gewesen und das Beweisdecret bereits erlassen sei, nicht mehr eine größere Forderung in diesem Processe geltend gemacht werden könne, obwohl allerdings das Beweisverfahren auf die ganze Rechnung sich werde ausdehnen müssen; —

D. Hierüber beschwere sich nun Recurrent, indem er glaube, es könne auch nach Ausfällung des Beweisdecretes eine Verhandlung über eine nachträgliche Forderung stattfinden, zumal es hier einer sogenannten nachträglichen Einlassung gar nicht bedürfe, da man zum Voraus wisse, daß dieselbe in einer einfachen Bestreitung bestehen werde; —

E. Der erste Beklagte, Klöti, trage auf Verwerfung des Recurses und überhaupt darauf an, daß die nachträgliche Forderung gar nicht mehr berücksichtigt werde, indem er behaupte, in den bisherigen Schritten des Klägers liege ein Verzicht auf eine solche Mehrforderung; —

F. Der zweite Beklagte, Wüst, welchem die Recursschrift ebenfalls zur Beantwortung mitgetheilt worden sei, habe innerhalb der

ihm hiefür unter der Androhung, daß sonst lediglich auf Grundlage der vorliegenden Acten verfügt würde, angesetzten Frist eine Eingabe nicht gemacht; —

G. Das Bezirksgericht Zürich verzichte auf eine Berichterstattung, übermache dagegen eine Abschrift der Verhandlungen vom 5. Juli d. J.:: —

in Erwägung:

Daß, da die nachgebrachte Forderung durchaus auf die gleichen thatsächlichen und rechtlichen Momente gestützt wird wie diejenige, über welche bereits verhandelt ist, es offenbar im Interesse beider Parteien liegt, daß nicht ein getrenntes Verfahren stattfinde und dadurch ohne Noth doppelte Kosten und Zeitversäumniß entstehen, daher sich nur fragen kann, ob, weil über die erste Forderung schon das Beweisdecret erlassen ist, das dießfällige Verfahren bis nach erfolgter Verhandlung über die nachgebrachte eingestellt und die Vereinigung erst dann vorgenommen werden solle, oder ob ohne vorgängige besondere Verhandlung über den Nachtrag das bereits eingeleitete Beweisverfahren auch auf die nachgebrachte Forderung ausgedehnt werden könne, und nun zwar der letztern, wieder wegen Ersparung besonderer Vorstandskosten beiden Theilen vortheilhaftern Behandlung der Sache mit Rücksicht darauf, daß auch hinsichtlich der ersten Forderung eine specielle Einlassung über die einzelnen Posten der streitigen Rechnung gar nicht stattgefunden hat, vielmehr dem Kläger erst noch genaue Liquidationsrechnung beizubringen und im Allgemeinen den erlittenen Verlust nachzuweisen aufgelegt, dem Beklagten aber ebenfalls ganz allgemein Gegenbeweis vorbehalten worden ist, bei dieser auf keine bestimmten Ansätze, resp. Einreden sich beziehenden Fassung des Decretes also die Berücksichtigung auch des nachgebrachten Theiles der Forderung auf keine Weise gehindert oder erschwert wäre, Nichts entgegen stände, wenn nicht, wie aus der Antwortschrift

des Klöti zu erhellen scheint, hinsichtlich des nachgebrachten Betrages die Einrede des Verzichtes geltend gemacht werden wollte, worüber von den Parteien sich vor vollständigem Gerichte zu äußern noch Gelegenheit wird gegeben werden müssen, so daß nur die erstere Art des Verfahrens übrig bleibt :: —

durch Stimmenmehrheit beschlossen:

1. Sei der Recurs theilweise begründet und daher das Bezirksgericht angewiesen, das Verfahren über die nachgebrachte Forderung mit demjenigen über die bereits verhandelte zu verbinden, nachdem vorher noch ein Vorstand vor Gericht zur Verhandlung über die erstere wird stattgefunden haben; —

2. Tragen beide Parteien die Recurskosten zu gleichen Theilen.

XV.

§ 11 des Gesetzes betreffend die Rehabilitation der Falliten ist auf Forderungen aus amtlichen Gebühren und Auslagen nicht anzuwenden.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes

hat

am 26. März 1853,

nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Herrn Landschreibers Bänninger in Niederglatt, betreffend Beschwerde über einen Beschluß des Bezirksgerichtes Bülach,

da sich ergeben:

A. Im Concurse des Rudolf Gaßmann, Zimmermann von Endhöri, gegenwärtig wohnhaft in Schwamendingen, welcher im Jahre 1847 vor Bezirksgericht Bülach verrechtfertigt worden sei und nunmehr sich rehabilitiren lassen wolle, habe Recurrent eine Forderung von

41 fl. 1 hlr., woran Konrad Gaßmann 4 fl. 7 ß. $10^1/_2$ hlr. schulde, angemeldet; dieselbe bestehe aus folgenden Posten:

5 fl.	1 ß.	— hlr.	Taxe, Stempel und Siegel für einen Schuldbrief von Martini 1844;
8 „	15 „	9 „	Kosten wegen eines im Mai und
29 „	12 „	— „	Kosten wegen eines im Juni 1845 gegen Gaßmann eingeleitet gewesenen, dann aber wieder aufgehobenen Concursverfahrens, und
2 „	6 „	— „	Zinse von obigen Posten; —

B. Mit seinem Rehabilitationsgesuche habe Gaßmann einen von Herrn Procurator Zucker unterzeichneten Cautionsschein für 36 fl. 32 ß. als Betrag der fraglichen Forderung mit der Erklärung, daß er diese letztere bestreite, eingereicht und es habe dann das Bezirksgericht Bülach auf sein Ansuchen unterm 27. Januar d. J. dem Recurrenten eine Frist von vierzehn Tagen anberaumt, um Bescheinigung dafür beizubringen, daß er zur Geltendmachung jener Forderung beim competenten Gerichte Weisung eingereicht habe, widrigenfalls die von Herrn Zucker geleistete Caution demselben aushingegeben würde; —

C. Hierüber beschwere sich nun Recurrent, indem er eine specificirte Rechnung einlege und dafür halte, daß, da seine Forderung aus amtlichen Gebühren und Auslagen bestehe, und theils durch die Beschlüsse über Aufhebung der Concurse, theils durch Accommodementsangebot anerkannt worden sei, er nicht gezwungen werden könne, jetzt noch mit Gaßmann über dieselbe Proceß zu führen und sich inzwischen mit einer Caution zu begnügen; —

D. In Beantwortung der Recursschrift behaupte Herr Procurator Zucker Namens des Gaßmann, daß Recurrent kein besseres Recht habe als jeder andere Concursgläubiger und daß daher, da das streitige Verhältniß auf dem summarischen Wege nicht erledigt werden könne, auf die vom Bezirksgerichte bezeichnete Weise verfahren werden müsse, sodann suche er nachzuweisen, daß Recurrent die in der zweiten Post

enthaltenen Gebühren und Auslagen ihm nicht in Rechnung bringen dürfe; hinsichtlich der ersten und dritten Post behaupte er, daß er dieselben bezahlt habe; eine Quittung sei ihm indeß nicht zugestellt worden; mit Bezug auf die vierte Post bestreite er die Zinspflicht; —

E. Das Bezirksgericht Bülach erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß die von dem Recursen in Widerspruch gesetzte Ansprache des Recurrenten theils in Gebühren, welche dieser für verschiedene amtliche Verrichtungen an jenen fordert, theils in Baarauslagen besteht, welche derselbe hiebei nach der vorliegenden specificirten Rechnung gehabt hat; —

2) daß nun über Ansprachen dieser Art, wenn sie von dem Angesprochenen bestritten werden, in der Regel nicht auf dem Wege des gewohnten Civilprocesses, sondern auf demjenigen des Recursverfahrens zu entscheiden ist und zwar, so weit dem Ansprecher das Recht, für gewisse Verrichtungen Gebühren zu fordern, oder die Tarifmäßigkeit der einzelnen Ansätze bestritten wird, was gegenwärtig mit Bezug auf den zweiten Hauptposten der recurrentischen Rechnung, betragend 8 fl. 15 ß 9 hlr. Kosten eines eingeleiteten und wieder aufgehobenen Concursverfahrens vom Mai 1845 der Fall ist, — schon nach der ganz bestimmten Fassung des § 110 der Notariatsordnung, — im Weitern aber auch dann, wenn gegen die Forderung an sich Nichts eingewendet, sondern, wie dieß gegenwärtig bezüglich der beiden andern Hauptposten der Rechnung des Recurrenten geschieht, lediglich die ganz vage und durch Nichts unterstützte Einrede der Zahlung entgegengesetzt wird, zumal einleuchtet, daß es sonst jedem unzufriedenen und chicanösen Angesprochenen ein Leichtes wäre, den betreffenden Beamten zu nöthigen, um einer Kleinigkeit willen einen Proceß zu bestehen und dafür unverhältnißmäßige Zeit und Kosten aufzu-

wenden oder aber; um den dießfälligen Nachtheilen und Belästigungen überhoben zu werden, lieber auf seine Ansprache ganz zu verzichten; —

3) daß daher der von dem Bezirksgerichte Bülach in Anwendung gebrachte § 11 des Gesetzes, betreffend die Rehabilitation der Falliten, auf Fälle der vorliegenden Art gar nicht paßt, vielmehr es angemessen erscheint, daß dem Recursen, wenn er glaubt, die Gebührenforderung des Recurrenten mit Recht bestreiten zu können, überlassen bleibe, sich deßhalb mit einer Beschwerde an das Bezirksgericht zu wenden und seine speciellen Einwendungen gegen die dießfällige Rechnung vorzubringen in der Meinung, daß, wenn Recurse nicht binnen vierzehn Tagen, von Mittheilung dieses Beschlusses an, seine allfällige Beschwerde über die Kostenberechnung dem Bezirksgerichte wird eingegeben haben, der Notar berechtigt sein soll, ohne weiteres Hinderniß seine Forderung bei dem Recurrenten oder dem Bürgen einzuziehen: : —

durch Stimmenmehrheit,

gegenüber einem Antrage, das Bezirksgericht anzuweisen, dem Herrn Bänninger eine Frist anzusetzen, binnen welcher derselbe sich auszuweisen habe, daß er entweder den Recursen betrieben oder einen Proceß gegen ihn angehoben habe,

beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet, demnach der Beschluß des Bezirksgerichtes Bülach aufgehoben und letzteres angewiesen, im Sinne der Erwägung 3 zu verfahren; —

2. Trage Recurse die Kosten und entschädige den Recurrenten mit 3 Fr.

XVI.

Ueber § 13 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren vom 30. Herbstmonat 1852.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 16. August 1853,
nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Herrn Procurator Treichler, Namens des R., K und der E. B. in R., betreffend Beschwerde über einen Beschluß des Bezirksgerichtes Bülach,

da sich ergeben:

A. Am 18. December v. J. habe Herr J. C. G. in W. Klage auf Diebstal von Seide gegen J. B. und die Recurrenten erhoben; —

B. Das Bezirksgericht Bülach habe durch Urtheil vom 14. April d. J.

gefunden:

1) Sei J. B. mehrerer einfacher Diebstäle im Betrage von 300 Fr. unter erschwerenden Umständen schuldig;

2) seien Wittwe E. B., K und R. B. der Begünstigung dieses Diebstals schuldig, und hierauf

erkannt:

1. Sei J. B. zu einem Jahre, die übrigen Inculpaten zu sechs Wochen Gefängniß verurtheilt;

2. Sei die noch vorhandene Seide dem Damnificaten zurückzugeben, dieser übrigens mit seiner Ersatzforderung auf den Civilweg verwiesen; —

C. In Folge dessen habe Herr G. Weisung gegen die Recurrenten ausgehingenommen und am 16. Juni d. J. habe der erste Vorstand vor Bezirksgericht Bülach stattgefunden; —

D. Herr Procurator Müller habe Namens des Klägers behauptet, es sei ein Diebstal im Betrag von 3500 Fr. nachgewiesen; das Bezirksgericht sei an das Strafurtheil nicht gebunden; er biete den Beweis für das Quantitativ der Forderung an; — der Anwalt der Recurrenten habe diese Forderung bestritten, weil der Recurse bloß eine solche von 300 Fr. unter Abzug des Betrages der vorhandenen Seide stellen könne gemäß § 13 des Gesetzes über das Strafverfahren; —

E. Das Bezirksgericht Bülach habe durch Beschluß vom 16. Juni d. J. dem Recursen weitern Beweis für das Quantitativ der Forderung aufgelegt, vorbehältlich des Gegenbeweises; —

F. Hierüber beschwere sich der Anwalt der Recurrenten, indem er glaube, die Anordnung eines Beweisverfahrens widerspreche der Bestimmung des citirten § 13; —

G. Durch Beschluß der Justizcommission vom 7. d. M. sei das weitere Verfahren einstweilen sistirt worden; —

H. In Beantwortung der Recursschrift behaupte Herr Procurator Müller Namens des Recursen, der Damnificat, welcher auf den Civilweg verwiesen werde, könne Forderungen stellen, wie er wolle; der citirte § 13 stehe dieser Ansicht nicht entgegen, denn sogar bei einer Freisprechung werde eine Schadensersatzklage nicht ausgeschlossen; endlich behaupte er, das Bezirksgericht, welches sich zwei Mal, aber vergeblich, für incompetent erklärt, habe den Jakob Benz des Diebstals im Betrage von mindestens 300 Fr. schuldig erklärt, weil es nach dem Gesetze nicht höher gekonnt habe; —

J. Das Bezirksgericht Bülach bemerke: Es sei richtig, daß der Recurse seine Klage bis jetzt einzig auf Delict abgestellt habe und daß daher der citirte § 13 maßgebend sei; allein zunächst scheine ihm der Nachsatz dieses Paragraphen, indem er von Schuld oder Nichtschuld spreche, nur präjudiciell zu sein für die Frage, „ob Ersatz oder nicht", nicht aber für das Quantitativ des Ersatzes, — eine Auffassung, deren Begründung es sich vorbehalte; dann aber sei jedenfalls ein solcher

Entscheid im Policeiprocesse für den Civilproceß nur maßgebend, wenn die gleichen und nämlichen factischen Verhältnisse auch im Civilprocesse vorliegen; nun habe der Recurse weitern Beweis für einen größern Umfang des Diebstales angeboten und wenn er diesen Beweis führe, so verstehe sich auch ein Ersatz für den erwiesenen Betrag von selbst, weil aus Delict geklagt werden könne, wenn auch nicht ein hierauf bezügliches Policeiurtheil vorliege; endlich glaube es — abgesehen davon, ob die Beschwerde formell statthaft sei —, die Recurrenten hätten um so eher bis zur Beweisantretung zuwarten können, als erst dann möglich sei, zu sagen, ob die Beweisantretung (gegenüber der Polizeiprocedur) Nova enthalte, und zudem dann die Frage zur Entscheidung vor die zweite Instanz gebracht werden könnte:: —

in Erwägung:

1) Daß, indem der § 13 des Gesetzes über das Strafverfahren vom 30. Herbstmonat 1852 vorschreibt, es soll der Entscheid über Schuld oder Nichtschuld im Strafurtheile für das damit zusammenhängende Civilurtheil maßgebend sein, zwar hierdurch keineswegs ausgeschlossen ist, daß in dem Civilverfahren das volle Interesse, welches der Damnificat daran hat, daß das fragliche Vergehen nicht begangen worden wäre, und mithin der ganze Nachtheil, der ihm aus dem Vergehen erwachsen ist und der ganz wohl den Betrag des letztern selbst um ein Vielfaches übersteigen kann (man nehme z. B. an, aus einem werthvollen Ganzen wird ein einzelner, an sich wenig kostbarer, Theil gestohlen oder vernichtet und dadurch das Ganze unverhältnißmäßig an seinem Werthe vermindert, oder an einem Triebwerke wird ein Theil zerstört oder weggenommen und dadurch das Fortarbeiten desselben auf kürzere oder längere Zeit gehemmt und somit der Eigenthümer in seinem Erwerbe wesentlich benachtheiligt u. s. w.), geltend gemacht werden könne, und eben so wenig, daß, wo das Strafurtheil sich über den Betrag des Vergehens unbestimmt ausdrückt, also

z. B. eine Unterschlagung zwischen 100 und 800 Fr. annimmt, das Civilgericht innerhalb diesen Grenzen auch hinsichtlich der Schätzung des unmittelbaren Betrages des Vergehens selbst freie Hand habe, mithin in dem eben angeführten Falle auf den Grund des schon im Strafverfahren Bewiesenen oder einer genauern Ausführung und Beweises im Civilprocesse den Betrag der Unterschlagung auf 800 Fr. anzunehmen, — das jedoch bei der klaren und bestimmten Fassung der citirten Gesetzesstelle gar keinem Zweifel unterliegen kann, daß, wo das Strafurtheil sich über Schuld oder Nichtschuld und in ersterm Falle über den Betrag der Schuld genau ausspricht, weder eine Partei vor dem Civilgerichte den Inhalt des Strafurtheils anzufechten, noch das Letztere etwas demselben Widersprechendes zu erkennen berechtigt sei, somit im Falle der für einen bestimmten Betrag ausgesprochenen Schuld weder der Verurtheilte sich darauf, daß dieser Betrag geringer, noch der Damnificat, daß er höher sei, als im Strafurtheile angenommen wurde, berufen oder, wenn er es thut, das Civilgericht darauf eingehen darf, zumal, wenn auch der citirte Gesetzesparagraph des Betrages des Vergehens und daß auch mit Bezug auf diesen der Entscheid im Strafurtheile maßgebend sei, nicht mit ausdrücklichen Worten gedenkt, dieß doch mit Nothwendigkeit in der Bestimmung, wie sie vorliegt, enthalten ist, da das Strafurtheil, indem es den Betreffenden eines Vergehens, z. B. im Betrage von 100 Fr. für schuldig erklärt, gleichzeitig ausspricht, theils die Schuld gerade für diesen und keinen geringern, theils die Nichtschuld für ein Vergehen in höherm Betrage und hienach ein Civilerkenntniß, das den Betrag des Vergehens niederer oder höher annähme, in ersterm Falle entgegen dem Strafurtheile Nichtschuld mit Bezug auf den von dem Strafrichter ausgesprochenen höhern Betrag, im zweiten Falle Schuld mit Hinsicht auf einen Betrag, für den der Strafrichter Nichtschuld

erkannt hat, annehmen, in beiden Fällen mithin das Strafurtheil für die Schuld oder Nichtschuld nicht als maßgebend gelten lassen und sonach die Vorschrift des § 13 direct verletzen würde; —

2) daß, wenn nun berücksichtigt wird, daß in vorliegender Sache
   a) durch das rechtskräftig gewordene Strafurtheil des Bezirksgerichtes Bülach vom 14. April d. J. die Recurrenten der Begünstigung von Diebstälen im Betrage von 300 Fr., also keineswegs, wie der Anwalt des Recursen in der Antwortschrift zu behaupten wagt, von „mindestens 300 Fr." für schuldig erklärt worden sind, und
   b) Recurse gemäß Auszuges aus dem Civilprotokoll des Bezirksgerichtes Bülach vom 16. Brachmonat d. J. sein Gesuch um Verfällung der Beklagten, jetzigen Recurrenten, in einen Ersatz von 3500 Fr. nicht etwa darauf gründet, daß durch die von dem Strafrichter auf den Betrag von 300 Fr. angesetzten Diebstäle ihm, dem Recurrenten, besonderer Verhältnisse wegen ein weiterer, den Betrag des Diebstals selbst inbegriffen, sich auf 3500 Fr. belaufender Nachtheil entstanden, sondern daß ihm wirklich nach und nach für diesen Betrag Seide gestolen worden sei, somit die Diebstäle sich auf diesen Betrag und nicht, wie der Strafrichter annehme, bloß auf 300 Fr. belaufen und Beklagte jene 3500 Fr. als Werth der mit ihrer Begünstigung ihm entwendeten Seide zu ersetzen haben, aus dem in Erwägung 1 Angeführten von selbst folgt, daß das Begehren des Klägers, jetzigen Recursen, und sein dießfälliges Beweisanerbieten der Bestimmung des citirten § 13 entschieden und unmittelbar zuwiderläuft und daß daher das Bezirksgericht, indem es darauf einging, eine klare gesetzliche Bestimmung verletzt und ein Verfahren eingeleitet hat, das an absoluter Nichtigkeit leiden würde, daher denn davon, daß, wie das Bezirksgericht meint, der Recurs formell unzulässig oder doch

die Beschwerde verfrüht sei und sie allfällig mit einer Appellation über ein im Beweisverfahren zu gewärtigendes Zwischenurtheil zu verbinden gewesen wäre, keine Rede sein kann:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und das angeordnete Beweisverfahren über einen 300 Fr. übersteigenden Betrag der Diebstäle, bezüglich auf welche die Recurrenten der Begünstigung für schuldig erklärt worden sind, aufgehoben; —

2. Trage Recurse die Kosten.

XVII.

Bei der Compensation kommt es nur darauf an, ob zur Zeit, wo sie geltend gemacht wird, sich die Verpflichtung aus dem einen und die Berechtigung aus dem andern obligatorischen Verhältnisse in Einer Person vereinige.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes

hat

am 12. April 1853,

nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Jakob Trüb, Rechenmacher in Maur, betreffend Beschwerde über Rechtsöffnungsverweigerung des Bezirksgerichtspräsidiums Uster,

da sich ergeben:

A. Durch Urtheil des Bezirksgerichtes Uster vom 29. September 1841 in Sachen des Schlossers Jakob Spillmann in Hegnau, seßhaft in Maur, für sich und Mithafte gegen alt Kirchenpfleger Hs. Jakob Pfister von Schwerzenbach sei bestimmt worden, es habe der

Letztere an die Erben seiner verstorbenen Ehefrau 323 fl. 13 ß. 4 hlr. zu bezahlen, von den übrigen 116 fl. 26 ß. 8 hlr. hingegen dürfe er lebenslänglich den Zins beziehen; Kirchenpfleger Pfister sei nun verstorben und Schlosser Jakob Spillmann in Maur sei zu einem Viertheil Erbberechtigter von den 116 fl. 26 ß. 8 hlr.; —

B. Nach einem Zeugniß des Gemeinderathes Volketschweil vom 10. Januar v. J. sei der Recurrent befugt, den Erbsantheil des Schlossers Spillmann einzuziehen; derselbe habe auch Ende 1851 den Sohn des alt Kirchenpfleger Pfister, alt Präsident Pfister in Schwerzenbach, für die Erbsrate des Spillmann im Betrage von 41 fl. 26 ß. 8 hlr. betrieben, wegen bestrittener Schuldpflicht aber Rechtsvorschlag erhalten; seinem Gesuch um Rechtsöffnung sei durch Verfügung vom 7. Februar v. J. nur für 9 fl. 8 ß. 4 hlr. entsprochen worden, da der Betriebene eine Gegenforderung von 32 fl. 22 ß. laut zunftgerichtlichen Urtheils vom 30. März 1844 vorgeschützt habe; —

C. Mit Rechtsbot vom 1. Februar d. J. habe nun Recurrent den Weinschenk Pfister in Schwerzenbach neuerdings betrieben für 75 Fr. 95 Rpn. und nach erlassenem Rechtsvorschlag Rechtsöffnung verlangt, der Recurse sich aber diesem Begehren widersetzt, weil ihm nach einem Urtheile des Zunftgerichtes Egg vom 30. März 1844 eine Gegenforderung von 24 fl. laut Obligo's vom 28. März 1834 nebst 8 fl. 22 ß. Zins an Spillmann, resp. an den Recurrenten zustehe; —

D. Durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Uster vom 15. v. M. sei das Gesuch um Rechtsöffnung abgewiesen worden, da die Gegenforderung des Recursen als liquid erscheine; —

E. Hierüber beschwere sich der Recurrent, indem er behaupte, der Recurse habe auf die Einrede der Compensation verzichtet, da er, resp. sein Vater gegen die beiliegende amtliche Anzeige von der Cession vom 9. April 1844 nicht Recht vorgeschlagen habe; übrigens sei die fragliche Gegenforderung aus dem besondern Verkehre zwischen dem Recursen und Spillmann entstanden, weßhalb denn auch früher von

einer Compensation keine Rede gewesen sei; am 9. April 1844 hätte der Recurse noch nicht compensiren können, da er damals noch nicht Erbe seines Vaters und also auch nicht Schuldner der cedirten Erbsquote gewesen sei: : —

in Erwägung:

1) Daß zwar nach Inhalt des recurrirten Bescheides kein Widerspruch darüber obwaltet, daß der dem Schlosser Jakob Spillmann zugehörig gewesene Antheil an der nach Inhalt eines Urtheils des Bezirksgerichtes Uster vom 6. November 1841 in 166 fl. 26 ß. 8 hlr. (nach Angabe des Recurrenten aber nur in 116 fl. 26 ß. 8 hlr.) bestehenden und bisher nutznießungsweise in den Händen des jetzt ebenfalls verstorbenen Vaters des Recursen zurückgebliebenen Verlassenschaft der Frau des Letztern, Anna, geb. Meili, durch Cession auf den jetzigen Recurrenten übergegangen sei, daß sodann dieser Antheil jetzt noch 32 fl. 22 ß. oder 75 Fr. 95 Rpn. n. W. betrage und daß endlich Recurse unmittelbar für diesen ganzen Betrag hafte; hienach also die Forderung an sich völlig liquid ist; —

2) daß aber dennoch die Rechtsöffnung mit vollem Rechte ist verweigert worden, weil Recurrent auch seinerseits nicht in Abrede stellen kann, daß dem Recursen, sei es aus eigenem Rechte oder als Erbe seines Vaters (die Recursschrift und der recurrirte Bescheid sind hierüber undeutlich), eine ebenfalls auf einem rechtskräftigen Erkenntnisse des Zunftgerichtes Egg vom 30. April 1844 beruhende Gegenforderung von 24 fl. zustehe, zu welcher noch, wie zur Zeit nicht bestritten ist, 8 fl. 22 ß. Zinse hinzukommen, so daß hier eine ebenfalls völlig liquide und zur Compensation taugliche Gegenforderung in gleichem Betrage vorliegt, und wenn Recurrent meint, daß Recurse die Einrede der Compensation nicht geltend machen könne, weil

a) er, Recurrent, schon am 9. April 1844 dem Vater des

Recursen Anzeige von der Cession gemacht und dieser dagegen „keinen Rechtsvorschlag genommen, also auf jene Einrede verzichtet habe" und weil

b) die Gegenforderung gar keine Erbschaftsforderung sei, sondern auf dem besondern Verkehr des Recursen mit dem Spillmann beruhe —

dieß in allen Beziehungen unrichtig ist, indem

ad a: abgesehen davon, daß, wenn die Gegenforderung nicht dem Vater und Erblasser des Recursen, sondern diesem selbst zustand (und dieß soll wohl der Ausdruck: sie sei keine Erbschaftsforderung, bedeuten), jener sich gar nicht in der Lage befunden hätte, zu compensiren oder vielmehr (weil damals die Forderung des Recurrenten weder geltend gemacht wurde, noch auch nur fällig war) sich auf eine Gegenforderung zu berufen und sie vorzubehalten, — überhaupt die Meinung des Recurrenten, es hätte, gesetzt der Vater des Recursen wäre wirklich Inhaber der Gegenforderung gewesen, derselbe zu Wahrung seiner dießfälligen Rechte Rechtsvorschlag gegen die Anzeige der Cession nehmen müssen, auf einem völligen Verkennen der Bedeutung und Wirkung einer solchen Anzeige beruht, zumal diese gar nichts bezweckt, als den Schuldner in Kenntniß über die in der Person seines Gläubigers vorgegangene Veränderung zu setzen und ihn zu hindern, von nun an dem frühern Inhaber der Forderung Zahlung zu leisten, im Uebrigen aber alle bereits bestehenden Rechte des Schuldners ganz unberührt läßt, so daß es zu ihrer Erhaltung gar keines Vorbehaltes bedarf und vollends ein Rechtsvorschlag darum ohne Sinn wäre, weil der Schuldner sich die Cession gefallen lassen muß, weder in sie zu willigen hat, noch sie zu hindern befugt wäre;

ad b: ob die Gegenforderung dem Recursen aus der Erbschaft seines Vaters zugefallen oder eine ihm ursprünglich zugestandene sei, ganz eben so gleichgültig ist, als ob sie zur Zeit der Anzeige über die geschehene Cession schon bestanden habe oder nicht, da es bei der Compensation nur darauf ankommt, ob zur Zeit, wo sie geltend gemacht wird, sich die Verpflichtung aus dem einen und die Berechtigung aus dem andern obligatorischen Verhältnisse in Einer Person vereinige und die übrigen Erfordernisse der Compensabilität, wozu aber weder Connexität noch ursprüngliches Entstehen der Schuld und Gegenforderung in der gleichen Person gehört, vorhanden seien, was im vorliegenden Falle gar nicht zu bezweifeln ist, — wenn aber etwa die eigentliche, nur nicht deutlich ausgedrückte Meinung des Recurrenten die sein sollte, daß er sich die fragliche Einrede aus der Person seines Cedenten nicht gefallen zu lassen brauche, auch dieß wieder irrig wäre, weil die Gegenforderung an den Cedenten zur Zeit der Anzeige der Cession schon bestand und der Cessionar nur den später gegen den Cedenten entstandenen Einreden sich entziehen kann: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —
2. Trage Recurrent die Kosten.

XVIII.

Ueber das Verfahren bei der Rehabilitation von Falliten.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 2. Juli 1853,
auf den Antrag der Justizcommission, in Sachen des Herrn alt Gemeindeammann Felix Schärer in Mettmenhasle, betreffend Beschwerde über einen Beschluß des Bezirksgerichtes Regensberg,
da sich ergeben: [1])

A. Kilian Vogler von Niederhasle, welcher im Jahr 1826 vor dem Amtsgerichte Regensberg verrechtfertigt worden sei, habe um seine Rehabilitation nachgesucht und das dortige Bezirksgericht habe in Rücksicht auf die Schwierigkeit, die sämmtlichen Creditoren des Petenten zu ermitteln, zumal einige derselben seither fallit geworden, andere verstorben und deren Erben unbekannt seien, durch Edictalladung vom 19. Januar d. J. „den sämmtlichen Creditoren des Vogler, welche Ansprachen an denselben machen wollen, eine Frist von acht Wochen angesetzt, um solche in der Gerichtskanzlei anzumelden, unter der Androhung, daß nach erfolgtem Ablaufe der Frist angenommen würde, sie ertheilen ihre Zustimmung zu dem gestellten Rehabilitationsbegehren"; — dieser Beschluß sei durch das Amtsblatt und verschiedene öffentliche Blätter publicirt, auch den aus dem Concursprotokoll ersichtlichen Gläubigern speciell insinuirt worden; —

B. Erst nach Ablauf der anberaumten Frist habe Recurrent eine laufende Forderung von 279 Fr. nebst Zins zu 5 Procent angemeldet, Petent aber dieselbe bestritten und das Bezirksgericht habe beschlossen,

---

[1]) Der factische Theil ist bedeutend abgekürzt.

auf dieselbe keine Rücksicht mehr zu nehmen, vielmehr bei dem Obergerichte unter Einsendung der Acten anzutragen, die Rehabilitation des Petenten unter den in § 24 der Staatsverfassung aufgestellten Beschränkungen auszusprechen; —

C. Recurrent beschwere sich hierüber und verlange, daß dem Rehabilitationsbegehren des Petenten zur Zeit keine Folge gegeben, sondern das Bezirksgericht angewiesen werde, gemäß §§ 10 und 11 des Gesetzes betreffend die Rehabilitation der Falliten vom 2. April 1850 zu verfahren, indem das ganze bisherige Verfahren in offenbarem Widerspruche mit § 4 des citirten Gesetzes stehe und daher nichtig sei:: —

in Erwägung:

1) Daß, da nach § 12 des Gesetzes betreffend die Rehabilitation der Falliten vom 2. April 1850 der Entscheid über die Rehabilitation nach Eingang der Acten und auf das Gutachten des Bezirksgerichtes dem Obergerichte zusteht, dießseitige Stelle, obgleich zunächst nur in Folge der Beschwerde eines einzelnen Gläubigers die Sache zu ihrer Kenntniß gelangt ist, auf das ganze Verfahren des Bezirksgerichtes einzutreten und zu prüfen hat, ob dasselbe mit den Vorschriften des erwähnten Gesetzes vereinbar sei, sodann von ihr, sofern sie dieß nicht finden sollte, das ganze Verfahren von Amts wegen aufzuheben ist, was um so weniger einem formellen Bedenken unterliegen kann, als gegenwärtig auch die sämmtlichen Acten vorliegen und aus der Berichterstattung des Bezirksgerichtes sich das Gutachten desselben in der ganzen Rehabilitationsangelegenheit überhaupt ergibt, zudem eine andere Behandlungsweise, wonach etwa gegenwärtig lediglich auf die Beschwerde des einzelnen recurrirenden Gläubigers eingetreten würde, auch in hohem Grade unzweckmäßig wäre, da nachher, wenn die Acten wieder zu dem Zwecke, die Rehabilitation auszusprechen, ans Obergericht gelangen würden, denn doch das ganze bezirksgerichtliche Verfahren der Prüfung unterliegen müßte; —

2) daß das Verfahren des Bezirksgerichtes in dieser Rehabilitationssache, wonach es sämmtlichen Zügern im Auffall des Vogler und allen in demselben gänzlich zu Verlust gekommenen Gläubigern peremtorische Frist zur Anmeldung ihrer Forderungen angesetzt hat, unter der Androhung, daß im Falle Stillschweigens angenommen werde, sie seien mit der Rehabilitation einverstanden, in directem Widerspruch steht mit den Vorschriften des in Erwägung 1 bezeichneten Gesetzes und daher als nichtig zu erklären ist, indem nach § 4 b desselben der die Rehabilitation Begehrende nachzuweisen hat, daß die sämmtlichen zu Verlust gekommenen Gläubiger bezahlt oder sonst mit der Rehabilitation einverstanden seien, mithin von ihm dießfällige schriftliche Erklärungen derselben beizubringen sind, in der Meinung, daß die Zustimmung eines Zügers auch für diejenigen Creditoren, deren Forderungen ihm beim Zug überbunden worden sind, gilt (§ 7) und daß ein Züger, um Einsprache erheben zu können, den in § 6 erwähnten Nachweis eines Verlustes, so weit nämlich ein solcher bestritten wird, zu leisten hat; wenn aber das Bezirksgericht zur Rechtfertigung seines Verfahrens sich darauf berufen will, daß einzelne Gläubiger des Vogler seither selbst in Concurs gerathen seien und daß auch die Personen mehrerer anderer Gläubiger sich nicht leicht ausmitteln lassen, dieß keineswegs Stich hält, da ja diese Fälle in den §§ 8 und 9 speciell normirt sind, hienach aber nur, so weit dergleichen Verhältnisse ausnahmsweise eintreten, mit Bezug auf solche Gläubiger nach Maßgabe dieser Paragraphen verfahren werden soll, also keineswegs um deß willen, weil solche Verhältnisse vorhanden sind, dann auch den Gläubigern, deren Person und Aufenthaltsort ermittelt ist, gleich den nichtauszumittelnden peremtorische Frist zur Erklärung, ob sie mit der Rehabilitation einverstanden seien, angesetzt werden darf: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet, mithin der Ausschluß des Recurrenten mit seiner früher im Concurs des Vogler angemeldeten Forderung nicht zulässig und ihm gegenüber gemäß § 6, beziehungsweise § 10 des Gesetzes betreffend die Rehabilitation der Falliten vom 2. April 1850 zu verfahren, sodann werde von Amtes wegen die unterm 19. Januar d. J. erfolgte peremtorische Fristansetzung aufgehoben, und das Bezirksgericht angewiesen, nach § 4 dieses Gesetzes zu verfahren und nur, so weit ausnahmsweise die in §§ 8 und 9 desselben erwähnten Verhältnisse vorhanden sein sollten, speciell hinsichtlich solcher Gläubiger nach Maßgabe dieser Paragraphen zu handeln; —

1. Seien die Kosten vom Recursen zu bezahlen und demselben auch eine Entschädigung von drei Franken an den Recurrenten auferlegt.

XIX.

Ueber § 90 des Gesetzes betreffend das Notariatswesen, resp. über die Haftung der Notare für den durch ihre Fehler gestifteten Schaden.

Das Bezirksgericht Meilen
hat
am 23. Februar 1853

in Sachen des Herrn Dr. von Muralt in Zürich, Klägers, gegen Herrn alt Landschreiber Dändliker in Stäfa, Beklagten, betreffend Forderung aus fehlerhafter Amtsführung, über die Rechtsfrage: Ob der Beklagte wegen fehlerhafter Ausfertigung eines Schuldbriefes auf Heinrich Schoch, Marxen zu Sternenberg, verpflichtet sei: 1) einen Capitalvorstand von 175 fl. oder 408 Fr. 33 Rpn. in einen 700 fl.

oder 1633 Fr. 33 Rpn. haltenden Schuldbrief zu tilgen, eventuell zur Bezahlung oder Verzinsung zu übernehmen? 2) 163 Fr. 34 Rpn. als zwei bezahlte Zinse sammt 2 Fr. 32 Rpn Kosten und Verzugszinsen zu vergüten?

da sich ergeben:

A. Der Kläger war Inhaber eines Schuldbriefes von 1200 fl. auf Heinrich Schoch, Marren im Steinhof, Gemeinde Sternenberg, vom 27. Januar 1841, und hat im Concurse des Schuldners laut Zugbriefes vom 12. October v. J. die Unterpfande gezogen; dabei wurde ihm unter Anderm zur Verzinsung und Bezahlung überbunden: 408 Fr. 33 Rpn. (175 fl.) an einen 1633 Fr. 33 Rpn. haltenden Schuldbrief vom Maitag 1684 sammt zwei Zinsen davon mit Maitag 1851 und 1852 zu 5 Procent; —

B. Dieser Vorstand comparirt zwar in dem den Schuldbrief enthaltenden Protokollseintrag, dagegen weder in dem Geldaufbruchschein, auf welchen gestützt das Darlehen contrahirt wurde, noch in dem Schuldbriefe selbst; —

C. Der Kläger, welcher an der Stelle des Falliten zum Trager ernannt wurde mit Bezug auf den erwähnten Capitalvorstand von 1633 Fr. 33 Rpn, hat an die Creditorschaft (Domänencassaverwaltung in Zürich) die mit Maitag 1851 und 1852 verfallenen Zinse im Betrage von 163 Fr. 34 Rpn. nebst 2 Fr 32 Rpn. Kosten bezahlt, und stellt nun an den Beklagten, von welchem der fehlerhaft ausgefertigte Schuldbrief unterzeichnet ist, die in der Rechtsfrage bezeichneten Begehren; —

D. Der Beklagte bestreitet, daß der Kläger überhaupt, eventuell in dem angegebenen Betrage einen Schaden erlitten habe, und bemerkt, es könne derselbe auf dem Zuge eben so wohl gewonnen, wie verloren haben, jedenfalls lasse sich ein allfälliger Verlust nicht mehr ermitteln, denn der Kläger befinde sich seit längerer Zeit im Besitze der Zugsobjecte; er habe auch weder von dem Concurse, noch von dem Zuge

und der Abtretung des Heimwesens, ihm, dem Beklagten, Mittheilung gemacht, so daß er diejenigen Maßregeln, die ihm zur Abwendung des Schadens zu Gebote gestanden hätten, nicht habe in Anwendung bringen können; darin liege eine in solchem Maße fehlerhafte Handlungsweise, daß ein Verzicht auf die Rechte gegenüber dem Notar angenommen werden müsse; was im Speciellen die Zinsforderung betreffe, so hafte der Notar, der nur für den gestifteten Schaden einzustehen habe, nur insoweit, als der Kläger die Zinsen nicht anderswoher beziehen könne; nun stehe aber demselben das Recht zu, die betreffenden Einzinser für ihre Raten zu belangen, und es wäre hienach die Zinsforderung zu ermäßigen; —

E. Der Anwalt des Klägers erklärt: Die Klage sei zunächst nicht auf Schadenersatz, sondern auf Löschung des fraglichen Vorstandes gerichtet; übrigens wäre sie auch aus dem erstern Gesichtspunkte begründet; eventuell würde dießfalls weiterer Beweis angeboten; der Kläger sei jeden Augenblick bereit, gegen Bezahlung der Summe, auf welche ihn der Zug zu stehen komme, den Beklagten in seine Rechte eintreten zu lassen; sobald er von dem Fehler des Notars Kenntniß erhalten, habe er die nöthigen Schritte zur Wahrung seiner Rechte gethan; er sei nicht schuldig, die Einzinser zu suchen, das möge der Beklagte thun: : —

in Erwägung:

1) Daß es mindestens auf einer groben Fahrlässigkeit beruht, daß der Vorstand von 408 Fr. 33 Rpn., ungeachtet er in dem betreffenden Protokollseintrage enthalten ist, in der Ausfertigung des Schuldbriefes, mit welchem der Kläger im Concurse des Schuldners den Zug der Unterpfande gethan hat, weggelassen wurde, und daß der Beklagte, von dem oder unter dessen Amtsführung der Fehler begangen wurde, für den daraus entstandenen Schaden dem Kläger haftet; —

2) daß die Einwendung, es habe der Kläger dieses Regreßrecht dadurch verwirkt, daß er von dem Ausbruche des Concurses über

den Briefschuldner und von den zur Realisirung des Pfandrechtes gethanen Schritten dem Beklagten keine Mittheilung gemacht habe, als durchaus unbegründet erscheint, da nicht einmal behauptet wird, übrigens auch nicht glaubwürdig wäre, daß der Kläger früher, als bei Empfang des vom 12. October v. J. datirten Zugbriefes und bei Vergleichung desselben mit dem Inhalte des Schuldbriefes von dem fraglichen Fehler Kenntniß erhalten habe; —

3) daß indeß, da der Beklagte zu Weiterm nicht verpflichtet ist, als zum Ersatze des Schadens, welcher aus dem ihm zur Last fallenden Fehler entstanden ist, während das klägerische Begehren nicht etwa hierauf, sondern auf etwas Anderes, nämlich darauf gerichtet ist, daß der Beklagte den fraglichen Vorstand tilge, eventuell zur Verzinsung und Bezahlung übernehme und dem Kläger die bereits bezahlten Zinse von dem ganzen Capital vergüte, die Klage um so weniger für begründet angesehen werden kann, als es nicht einmal möglich wäre, der Creditorschaft des betreffenden Capitals (der Domänenverwaltung) gegen ihren Willen einen andern Schuldner aufzudringen:: —

mit Mehrheit erkannt:

1. Sei die Klage, wie angebracht, abgewiesen; —

2. Trage Kläger die Kosten und habe er den Beklagten mit 15 Fr. zu entschädigen.

In Folge der von Kläger gegen dieses Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann die Civilabtheilung des Obergerichtes unterm 9. April 1853,

in Erwägung:

1) Daß darüber, daß der Weglassung des fraglichen Vorstandes im klägerischen Schuldbrief mindestens Fahrlässigkeit, sei es des Beklagten selbst als damaligen Landschreibers, sei es eines seiner Gehülfen zu Grunde liegt, daß mithin gemäß § 90 des Gesetzes betreffend das Notariatswesen vom 26. Juni 1839 der Beklagte

dem Kläger, wenn und insoweit ihm in Folge des Fehlers Schaden entstanden ist, für den Ersatz haftet, so wie darüber, daß des Beklagten Einwendung, Kläger habe das Rückgriffsrecht auf ihn verwirkt, unbegründet ist, lediglich auf Erwägung 1 und 2 des erstinstanzlichen Urtheils verwiesen werden kann; —

2) daß nun aber die zunächst angestellte Klage nicht eine solche auf Schadensersatz ist, wie Kläger auch selbst dieß erklärt hat, und dieselbe nicht darauf gegründet wird, er habe im Ausfall des Schuldners in Folge des Fehlers einen gewissen Verlust erlitten, und verlange nun vom Beklagten Ersatz, sondern abgesehen hievon darauf beruht, der Fehler sei vorhanden, und ihm als Züger der Vorstand überbunden worden, daher werde vom Beklagten verlangt, daß er Dasjenige thue, was erforderlich sei, um den Fehler als solchen wieder gut zu machen, daß er also für Tilgung des Vorstandes sorge oder diesen selbst übernehme, zugleich auch die von ihm (Kläger) bereits ausgelegten Zinse des Vorstandes bezahle; —

3) daß die so eben erwähnte Klage abgewiesen werden muß, und zwar mit Rücksicht auf die angeführte, die Verantwortlichkeit des Landschreibers normirende, gesetzliche Bestimmung, da dieselbe keineswegs etwa dahin geht, er sei pflichtig, bei einem von ihm oder einem seiner Gehülfen begangenen, auf Absicht oder Fahrlässigkeit beruhenden Fehler dafür zu sorgen, daß derselbe wieder verbessert werde, worin also eventuell, auf den Fall daß er dieß nicht vermöchte, liegen würde, daß er dann dem Betreffenden ohne weitere Rücksicht auf den diesem durch den Fehler wirklich entstandenen Schaden den Betrag, auf welchen derselbe sich bezogen hat, vergüten müsse, sondern vorschreibt, der Landschreiber habe bei einem solchen Fehler dem Betreffenden für den Schaden zu haften, welcher diesem in Folge desselben entstanden ist, woraus also für den vorliegenden Fall folgt, daß Kläger allerdings, wenn und insoweit er als Züger wegen des in Erwägung 1 bezeichneten

Fehlers Verlust erlitten hat, vom Beklagten Ersatz verlangen, daß er aber nicht so wie zunächst geschehen, klagen kann, auch keineswegs sofort mit Sicherheit sich annehmen läßt, ein allfällig vom Kläger als Züger durch den Fehler erlittener Verlust müsse mindestens dem Betrag des im klägerischen Schuldbriefe weggelassenen Vorstandes gleich kommen, da der fragliche Verlust je nach dem, gegenwärtig noch nicht ausgemittelten, Werth der Zugsobjecte möglicher Weise auch geringer sein kann, auch auf das Gegentheil, daß also der fragliche Verlust mindestens den Betrag des Vorstandes erreiche, auch daraus sich noch nicht schließen läßt, daß Beklagter das im Lauf der erstinstanzlichen Verhandlung gemachte Anerbieten des Klägers, ihm die Zugsobjecte gegen Zahlung der Summe, auf die ihn der Zug zu stehen kommt, abzutreten, nicht annahm, um so weniger, als eine solche Verpflichtung des Beklagten nicht vorhanden ist; —

4) daß dann aber unbedenklich angenommen werden kann, eventuell werde die Schadensersatzklage angestellt, wenn man die Behauptungen und Beweisanerbieten des Klägers in der erstinstanzlichen Replik berücksichtigt, auch dieser Auffassung der Inhalt der Rechtsfrage nicht entgegensteht, da in dem Begehren, daß Beklagter den Vorstand übernehme, auch dasjenige, daß eventuell dessen Betrag an den Kläger bezahlt werde, gefunden werden kann, daher Rückweisung an die erste Instanz behufs weiterer Beweisabnahme zu erfolgen hat: : —

durch Stimmenmehrheit, gegenüber einem Antrage auf heutigen Abspruch und Gutheißung der Appellation, im Uebrigen mit Einmuth

beschlossen:

1. Sei das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben und die Acten an das Bezirksgericht Meilen zurückgewiesen, mit dem Auftrage, dem Kläger den Beweis für das Dasein und den Umfang des ihm als Züger durch den fraglichen Fehler entstandenen Verlustes abzunehmen und

sodann nach den erforderlichen Verhandlungen ein neues Urtheil auszufällen; —

2. Seien die erstinstanzlichen Kosten einstweilen von beiden Parteien zu gleichen Theilen zu tragen; —

3. Sei die erstinstanzlich dem Beklagten gesprochene Entschädigung aufgehoben.

XX.

Ueber das Eigenthumsrecht an dem Vermögen von Stiftungen, resp. Krankenkassen.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 3. September 1853

in Sachen des Heinrich Herter von Veltheim und des Jakob Eberli von Hegi, für sich und Streitgenossen, Kläger und Appellanten, gegen Herrn Daniel Sulzer, Maurermeister von Winterthur, Beklagten und Appellaten, betreffend Vindication, über die Rechtsfrage: Ist der Beklagte als Verwalter des Maurergesellenkrankenfonds schuldig, diesen sammt den vorhandenen Rechnungen und Belegen den Klägern herauszugeben?

da sich ergeben: [1])

A. Im Jahr 1815 habe das Handwerk der Maurer und Steinhauer zu Winterthur eine Unterstützungscasse für verunglückte und kranke Gesellen, Handlanger und Lehrlinge ins Leben gerufen; zu diesem Zwecke habe nach den damals errichteten Statuten jeder dieser Arbeiter einen gewissen wöchentlichen Beitrag, den ihm der Meister von seinem

---

[1]) Der dem erstinstanzlichen Urtheil entnommene factische Theil ist etwas abgekürzt.

Lohne in Abzug zu bringen gehabt habe, an diese Casse leisten müssen; die Verwaltung dieser Unterstützungscasse sei durch Einen der Meister besorgt und die Rechnung alljährlich unter den übrigen Meistern zur Einsicht ihrer Angestellten in Circulation gesetzt worden; unterm 20. März 1842 seien diese Statuten revidirt und vervollständigt, in der Hauptsache selbst aber Nichts verändert worden; die Abnahme der Rechnungen sei stets durch die Meister erfolgt; nach der letzten Rechnung vom Februar 1853 sei der Fond bis dahin auf die Summe von 6435 Fr. 25 Rpn. angestiegen; —

B. In Folge eines von der Mehrheit der betheiligten Arbeiter gefaßten Beschlusses verlangen nunmehr die Kläger von den Beklagten die Herausgabe dieses Fondes sammt den denselben betreffenden Rechnungen und Belegen; zur Begründung ihres dießfälligen Begehrens werde im Wesentlichen angeführt: Die kranken und unglücklich gewordenen Arbeiter haben vermöge der Bildung dieser Casse ein Recht auf Unterstützung; als die Verpflichtete erscheine die Casse; da nun aber dieselbe keine juristische Person sei, die Gründung einer solchen auch niemals in der Absicht weder der Einleger noch der Meister gelegen habe, vielmehr von den Einlegern beabsichtigt worden sei, den Fond für sich und nicht für dritte fremde Personen zusammen zu legen, — so könne die Casse nicht ins Recht gefaßt werden, vielmehr ruhe die Verpflichtung zur Unterstützung auf ihnen, der Corporation der Maurerarbeiter; hienach gestalte sich das Rechtsverhältniß als eine Art Rentenvertrag oder aber als Assecuranzvertrag; nach der einen wie der andern Auffassung erscheine sie, die Corporation der jeweilen in Arbeit stehenden, resp. Beitrag leistenden Maurerarbeiter als ausschließliche Eigenthümerin des Fondes; als solche sei sie daher auch berechtigt, ihre Mandatare — die Verwalter des Fondes — zu entlassen, wenn es ihr beliebe, und die Verwaltung Andern zu übergeben, ohne daß weder der Beklagte noch ein anderer Meister hiegegen zu einer Einsprache berechtigt sei; —

C. Von Seite des Beklagten werde erwiedert:

1) das Institut sei eine Stiftung; das Rechtssubject, dem das Eigenthum derselben zustehe, sei eine juristische Person; bei Errichtung dieser Stiftung habe man weder den Meistern noch den Arbeitern Eigenthum einräumen wollen; der Zweck sei auf die Bildung eines Fondes, nicht bloß für die Arbeiter im damaligen Augenblicke, sondern auch für die Arbeiter in spätern Jahren gerichtet gewesen; es können demnach die Kläger nicht die Uebergabe des Fondes verlangen, indem sie weder Eigenthümer des letztern noch Vertreter der juristischen Person seien, der das Eigenthum zustehe; Verwalter und Vertreter des Fondes seien nach den Statuten nur die Meister und nur mit ihrer Einwilligung könne ihm, dem Beklagten, die Verwaltung des Fondes entzogen werden;
2) der Fond stehe unter Aufsicht des Staates und dürfe ohne dessen Bewilligung nicht herausgegeben werden;
3) die Kläger seien nicht zum Processe legitimirt, denn nach den Statuten können nur an der Generalversammlung derartige Beschlüsse gefaßt werden;
4) der rechte Beklagte sei nicht ins Recht gefaßt worden, denn die sämmtlichen Meister seien die Verwalter und Vertreter des Fondes;
5) da der Streit sich auf die künftige Verwaltung des Fondes beziehe, so seien nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsbehörden zu dessen Entscheidung competent; —

D. Kläger bestreiten die Gültigkeit der vorgelegten Statuten, indem sie behaupten, daß die Meister kein Recht gehabt haben, den Arbeitern für ihre Krankencasse Statuten und Verordnungen zu octroyiren, und noch viel weniger berechtigt gewesen seien, sich auf ewige Zeiten als Verwalter des Fondes einzusetzen; jedenfalls folge aus § 3 des Gesetzes über die Freigebung der Handwerke vom 26. September 1837, daß mit Aufhebung der Meistercorporation der Fond wieder in die Hände der Arbeiter gebracht werden soll; —

E. Die übrigen bei der fraglichen Unterstützungscasse betheiligten Maurermeister seien in diesem Processe als accessorische Intervenienten des Beklagten aufgetreten; —

F. Durch Urtheil vom 1. Juli 1853 habe das Bezirksgericht Winterthur die Rechtsfrage verneinend entschieden:: —

in Erwägung:

1) Daß, da die Kläger ausdrücklich erklären, daß sie gegenwärtig weder über die Art der Verwaltung des streitigen Krankenfonds, noch über die Gültigkeit der für denselben aufgestellten Statuten einen gerichtlichen Entscheid verlangen, sondern einfach die Frage zur Entscheidung bringen wollen, ob der Beklagte verpflichtet sei, den von ihm besessenen Fond nebst den darauf bezüglichen Schriften an die Kläger als Eigenthümer desselben oder doch als Repräsentanten des wahren Eigenthümers herauszugeben, die Klage dann gutzuheißen ist, wenn sich ergibt:

   a) daß die Kläger oder doch eine juristische Person, in deren Namen zu handeln die Kläger berechtigt seien, sich als Eigenthümer des streitigen Fonds darstellen, und

   b) daß der Beklagte als Besitzer dieses Fonds erscheine und daß ihm gegenüber der Eigenthumsklage keine wirksamen Einreden zustehen; —

2) daß Kläger selbst nicht behaupten, daß der fragliche Fond ihnen selbst oder denjenigen Arbeitern, welche sie mit Führung des Processes beauftragt haben, als reines Eigenthum in dem Sinne zustehe, daß sie befugt wären, Jeder nach Verhältniß seines Antheils beliebig darüber zu verfügen, ihre Antheile zu veräußern, den Fond unter sich zu vertheilen u. dgl., ihre Behauptung vielmehr dahin geht, die fraglichen Gelder seien Eigenthum einer Corporation, als deren Glieder alle diejenigen Maurer- und Steinhauergesellen erscheinen, welche Beiträge an den Fond entrichtet haben und noch jetzt im Bezirke Winterthur in Arbeit stehen; —

3) daß nun schon in Zweifel gezogen werden könnte, ob, vorausgesetzt die bezeichneten Arbeiter bildeten eine solche Corporation, die Kläger berechtigt seien, im Namen derselben zu handeln, ungeachtet eine beträchtliche Anzahl dieser Arbeiter sich mit dem Begehren der Kläger nicht einverstanden erklärt, und nicht einmal behauptet wird, daß bisher je von den sämmtlichen Maurer- und Steinhauergesellen des Bezirks Winterthur Statuten angenommen worden seien, welche die Mehrheit berechtigen, ungeachtet abweichender Meinungen der Minderheit Verfügungen zu treffen; —

4) daß indessen, wenn man auch annehmen will, daß in Ermanglung von Statuten die Mehrheit der Mitglieder einer Corporation befugt sei, für die Gesammtheit derselben verbindliche Beschlüsse zu fassen, doch die Klage darum abgewiesen werden muß, weil sich die Behauptung der Kläger, daß eine Corporation der Gesellen von Maurern und Steinhauern im Bezirke Winterthur bestehe, der das Eigenthum an der streitigen Krankenunterstützungscasse zukomme, als durchaus unrichtig darstellt, indem

a) aus den Statuten vom Jahre 1815 in Verbindung mit den zu den Acten gebrachten Rechnungen über die Verwaltung des Fonds seit jener Zeit bis auf die Gegenwart — Urkunden, an deren Echtheit gegenüber der ganz allgemeinen und durch Nichts unterstützten Bestreitung der Kläger nicht gezweifelt werden kann, wenn man ihre äußere Form und ihre innere Uebereinstimmung berücksichtigt — sich ergibt, daß zwar die fragliche Casse von Anfang an bestimmt war zur Unterstützung kranker oder verunglückter Gesellen, Handlanger und Lehrlinge, welche bei Maurer- und Steinhauermeistern des Bezirkes Winterthur in Arbeit stehen, daß aber niemals diese Gesellen sich zu einer Corporation vereinigten und als solche den Fond besaßen und verwalteten, sondern daß vielmehr die Meister es waren, welche die Bildung des Fonds beschlossen,

einen Verwalter desselben ohne Zuthun der Gesellen ernannten und diesen beauftragten, von den einzelnen Meistern je nach der Zahl und Arbeitszeit ihrer fremden Gesellen und derjenigen einheimischen, welche freiwillig an dieser Anstalt sich betheiligen wollten, die statutengemäßen Beiträge zu beziehen, die nöthigen Ausgaben zu machen, überflüssige Gelder zinstragend anzulegen, über Alles Rechnung zu führen und dieselbe dem Handwerke, d. h. der Versammlung der Meister, zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen, daß endlich diesen Beschlüssen gemäß seither fortwährend die Verwaltung des Fonds durch einen der Meister unter Controle der übrigen stattfand, ohne daß jemals die Gesellen zur Theilnahme an der Verwaltung oder an der Aufsicht über dieselbe zugezogen wurden;

b) wenn so auf der einen Seite die Gründung dieser Casse lediglich von den Meistern ausging, auf der andern Seite aber die Beiträge zu dieser Casse ganz vorherrschend von den Gesellen durch Vermittlung ihrer Meister geleistet wurden und die Verwendung des Fonds ausschließlich zum Besten der Gesellen, Handlanger und Lehrlinge geschah, den bestehenden Verhältnissen am meisten die rechtliche Auffassung entspricht, wonach die zusammengelegten Gelder nicht als im Eigenthum einer Gesellschaft oder Corporation stehend zu denken sind, sondern selbst gewissermaßen den Kern einer künstlich geschaffenen Persönlichkeit, d. h. den Gegenstand einer Stiftung bilden, die von den Meistern für die Gesellen und mit ihnen gegründet worden ist, und wobei die jeweiligen Meister für die Stiftung zu handeln und das Vermögen derselben zu verwalten und zu verwenden befugt sind, dieses aber nur nach Maßgabe der Stiftungsstatuten und des Zweckes der Stiftung und mit der Verpflichtung, Denjenigen, für welche die Casse gegründet worden ist, und die in Folge ihrer Leistung von Beiträgen

auch als Mitstifter angesehen werden müssen, auf Verlangen Rechenschaft zu geben;

c) gesetzt auch, man wollte nicht die Krankencasse selbst als ein neu geschaffenes Rechtssubject betrachten, sondern sie als einen mit besonderer Bestimmung versehenen Vermögenstheil einer Corporation auffassen, diese letztere, also die Eigenthümerin des streitigen Fonds, nicht in der Gesammtheit der im Bezirke Winterthur jeweilen arbeitenden und Beiträge leistenden Maurergesellen, sondern — vor der Freigebung der Handwerke — eher in der Gesammtheit der Meister gefunden werden müßte, da diese nicht nur von Anfang an die Bildung und Verwaltung des Fonds allein besorgt haben, sondern auch nach § 32 des Gesetzes betreffend das Gewerbswesen im Allgemeinen und das Handwerkswesen insbesondere vom 9. Mai 1832 (Off. Gesetzsamml. Bd. II, S. 40) allein die Handwerksgesellschaft bildeten, welcher der Handwerksfond zustand, mit dem bei dieser Auffassung die Krankencasse in Verbindung zu bringen wäre, was um so näher liegen würde, als nach den §§ 41, 43, 44 und 45 des citirten Gesetzes die Handwerksfonds neben andern Zwecken auch zu Leistung von Beiträgen für kranke Gesellen und Lehrknaben dienen sollten, die Gesellen zu periodischen Beiträgen an den Handwerksfond verpflichtet werden konnten, und eine gesonderte Rechnung über die von den Gesellen herrührenden Beiträge und die übrigen zu ihrer Unterstützung dienenden Gelder und deren Verwendung zwar als zulässig erklärt, aber nicht geboten wurde; —

5) daß nun freilich die Kläger behaupten, auch wenn ursprünglich die Meister des Maurerhandwerks rechtmäßige Inhaber des streitigen Fonds gewesen sein sollten, so müsse doch jetzt derselbe den Klägern herausgegeben werden,

a) weil durch die Freigebung der Handwerke und die Aufhebung der Zünfte auch die Vereinigung der Maurermeister in Winterthur aufgehoben worden sei, und nun die einzelnen Meister nicht als Rechtsnachfolger der frühern Handwerkscorporationen betrachtet werden können, und

b) weil der Beklagte in seiner vom 10. Mai 1852 datirten Zuschrift an die Gesellen anerkannt habe, daß nicht den Meistern, sondern den Gesellen das Eigenthum an dem Krankenfond zustehe; —

6) daß indessen auch diese Gründe nicht zur Gutheißung des klägerischen Rechtsbegehrens führen können, weil zu a), wenn auch allerdings das früher bestandene „Handwerk" der Maurer und Steinhauer als solches aufgehoben worden ist, doch hieraus keineswegs folgt, daß nun das Eigenthum an dem Krankenfond auf die Gesellen übergegangen sei, vielmehr, wenn auch das den Meistern als Antheilhabern des bisherigen Handwerksfonds durch § 3 des Gesetzes betreffend die Freigebung der Handwerke vom 26. September 1837 (Gesetzsamml. Bd. IV, S. 356) zugesprochene Recht, diese Fonds unter sich zu vertheilen, auf Vermögen der vorliegenden Art, das mit speciellen Verpflichtungen zu Gunsten anderer Personen belastet ist, keine Anwendung finden könnte, und auch nicht wohl zu rechtfertigen wäre, die jetzigen nicht mehr in Gesellschaftsverbindung stehenden einzelnen Meister als alleinige Rechtsnachfolger und Repräsentanten der Handwerkscorporation zu betrachten, doch jedenfalls noch weniger die Gesellen allein, sondern nur vereinigt mit den Meistern als solche Repräsentanten gelten können, und bis eine Annahme von neuen Statuten der Krankencasse von Meistern und Gesellen gemeinsam stattgefunden hat, die bisherigen, nach denen den Meistern die Verwaltung der Casse zukommt, in Kraft und Geltung verbleiben, wobei sodann noch wohl zu beachten ist, daß die Bildung des

Fonds aus Beiträgen der Gesellen, Handlanger und Lehrlinge von den jetzigen Klägern um so weniger als Beweis für ihr Eigenthum an demselben angeführt werden kann, als die Beiträge der jetzt klagenden Gesellen offenbar nur einen ganz untergeordneten Theil des Fonds ausmachen, weil der größte Bestandtheil desselben dagegen von Beiträgen früherer Arbeiter, als deren Rechtsnachfolger sich die Kläger in keiner Weise ausgewiesen haben, und von Zinsen der aus dem Fonde angeliehenen Gelder herrührt, der Umstand aber, daß nach den Statuten des streitigen Fonds die Kläger in Krankheitsfällen gewisse Unterstützungen aus demselben zu beziehen haben, sie so wenig zu Miteigenthümern desselben macht, als denjenigen Personen, welche im Falle von Krankheit Anspruch auf die Aufnahme in ein Spital machen können, oder denen, welche im Falle der Verarmung Unterstützung aus einem Armengute zu erwarten haben, Miteigenthum an dem Spitale oder an dem Armengute zusteht (vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. II, S. 244, Note b und S. 267 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. II, S. 174), — zu b) zwar allerdings in der erwähnten Antwort des Beklagten auf gewisse Fragen und Wünsche der Gesellen sich der Ausdruck findet: „die Meister erkennen sich bloß als Verwalter des Krankenfonds“; ferner ebendaselbst den Gesellen das Recht zugestanden wird, „Veränderungen der bisherigen Statuten vorzuschlagen und vorzunehmen“, hieraus aber keineswegs geschlossen werden darf, daß der Beklagte oder sämmtliche Meister jemals die Gesellen als Eigenthümer des Fonds haben anerkennen wollen, vielmehr die ganze Fassung jener Zuschrift, wenn sie im Zusammenhange betrachtet wird, in Uebereinstimmung mit der übrigen Handlungsweise der Meister keinen Zweifel zuläßt, daß die Letztern den fraglichen Fond als eine selbstständige Stiftung aufgefaßt haben, woran ihnen nicht Eigenthum, wohl aber das Recht auf die

Verwaltung gemäß den Statuten zustehe, mit Bezug auf welche Verwaltung sie indessen auch die Wünsche der durch eventuelle Unterstützungsansprüche Betheiligten zu beachten haben; —

7) daß, da die Klage wegen mangelnden Beweises für das Eigenthum der Kläger abgewiesen werden muß, auf die Frage, ob Herr Sulzer allein als der rechte Beklagte erscheine oder ob die sämmtlichen Meister, in deren Namen er den Fond zu besitzen und zu verwalten erklärt, hätten belangt werden sollen, einzutreten nicht erforderlich ist, und zwar um so weniger, als diese Meister freiwillig als Intervenienten sich dem Beklagten angeschlossen haben:: —

mit Einmuth gefunden:

Sei die Berufung der Kläger unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Seien die Kläger mit ihrer Ansprache abgewiesen; —

2. Habe es bei den erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsbestimmungen sein Verbleiben; —

3. Haben die Kläger auch die heutigen Kosten so wie für heute eine Entschädigung von 20 Fr. an den Beklagten zu bezahlen.

XXI.

Streitigkeiten über Ertheilung des Gemeindsbürgerrechtes gehören in den Kreis der Verwaltungsbehörden.

Das Obergericht des Standes Zürich

hat

am 27. Januar 1853,

nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, betreffend Gesuch des Gemeinderathes Riesbach um Anordnung des Conflictverfahrens,

da sich ergeben:

A. Ludwig Nikodemus Bonettini aus Treviso, Schmied und Maurer, sei im Jahr 1838 in die Schweiz gekommen und habe sich im August 1839 mit Barbara Ungricht von Dietikon verehlicht; vom Jahr 1840 bis 1844 sei derselbe wieder in Treviso und von da bis Ende 1845 mit Niederlassungsbewilligung in Langnau gewesen; —

B. Im Januar 1846 sei Bonettini in die Gemeinde Riesbach gezogen und habe sich dort bis Ende 1847 aufgehalten, ohne gehörige Ausweisschriften deponirt zu haben; dann sei er verreist mit Zurücklassung seiner Frau und vier Kinder, und seither nicht mehr zurückgekehrt; —

C. Die hierauf bei den Heimatsbehörden desselben erfolgten Nachforschungen haben gezeigt, daß derselbe schon am 10. December 1840 aus dem österreichischen Staatsverbande entlassen worden sei; —

D. Am 4. November v. J. habe der hiesige Regierungsrath beschlossen, die Gemeinde Riesbach sei gehalten, die Kinder Bonettini entweder in ihren Bürgerverband aufzunehmen oder denselben anderwärts ein Bürgerrecht zu erwerben; —

E. Nachdem der Regierungsrath durch Beschluß vom 30. November v. J. ein Revisionsgesuch des Petenten verworfen, habe dieser das Gesuch gestellt, der Regierungsrath möge die Gemeinde auf dem Weg Rechtens zur Versorgung dieser Kinder anhalten, allein derselbe habe auch dieses Gesuch durch Beschluß vom 11. v. M. abgewiesen, da die Entscheidung der Frage, ob eine Gemeinde nach § 49 des Niederlassungsgesetzes zur Einbürgerung eines Fremden verpflichtet sei, den Verwaltungsbehörden zustehe; —

F. Der Petent bitte nun, daß dießseitige Stelle das in § 7 des Gesetzes über die Conflicte vorgesehene Verfahren anordne; — zunächst behaupte er, daß die von Bonettini hier eingegangene Ehe, weil sie in der Heimatsgemeinde der Frau gar nicht promulgirt worden, ungültig sei; ferner habe der Regierungsrath seinerzeit selbst dem Bonettini

die Niederlassung in Langnau bewilligt, resp. dieselbe genehmigt, gestützt auf einen Heimatschein vom 21. December 1840; — im Januar 1846 habe der Petent die Ausweisschriften des Bonettini dem Rathe des Innern übermacht, von diesem aber erst lange Zeit nachher mit dem Bemerken, sie genügen nicht, zurückerhalten; sodann sei Bonettini zur Vervollständigung aufgefordert und als diese nicht erfolgt sei (die Sache habe sich verzögert, weil die meisten Mitglieder des Gemeinderathes im Sonderbundsfeldzuge gewesen), aus der Gemeinde ausgewiesen worden; vom 15. Januar bis Ende 1848 sei die Familie in Langnau gewesen, dann aber in die Gemeinde Enge gezogen; die Frau Bonettini sei im Februar 1848 in Langnau gestorben; — er bestreite daher, daß die Voraussetzungen des § 49 des Niederlassungsgesetzes vorhanden seien; die rechtliche Bedingung der Heimweisung eines Fremden an seine ursprüngliche Heimat sei die, daß ihm in dem Augenblick der Heimweisung das Bürgerrecht in seiner urspünglichen Heimat noch zustehe; hier sei dieß nicht der Fall, da Bonettini schon am 21. December 1840 sein ursprüngliches Heimat- und Bürgerrecht definitiv verloren habe; — ferner bestreite er, daß zur Entscheidung der streitigen Frage die Verwaltungsbehörden competent seien, denn § 2, Lemma f. des Gesetzes über Streitigkeiten im Verwaltungsfache finde hier keine Anwendung, um so weniger, als die Entstehungsart des Bürgerrechtes, die der § 49 des Niederlassungsgesetzes vorschreibe, neu und dem Rechte zur Zeit des Gesetzes über die Verwaltungsstreitigkeiten durchaus fremd sei; es sei dieß überhaupt keine neue Entstehungsform des Bürgerrechtes, denn einmal entstehe nicht ohne weiters das Bürgerrecht, sondern nur eine Obligation der Gemeinde zur Einbürgerung, anderseits sei es kein Recht auf ein bestimmtes Bürgerrecht, sondern nur eine Obligation auf Einbürgerung im Allgemeinen in irgend einer Gemeinde; die Obligation beruhe nicht auf den Rechten des Einzubürgernden, sondern auf einem Delicte, der Vernachlässigung der Pflichten, die das Gesetz den Gemeinden und übrigen Polizeibehörden gegenüber den Fremden

auflege; — ebenso sei an sich die Möglichkeit gegeben, daß an den factischen Ursachen der im § 49 des Niederlassungsgesetzes angedrohten Folge alle Polizeibehörden des Landes, also auch die oberste, einen mehr oder weniger großen Antheil haben, also Mitschuldige sein können; daher sei jedenfalls die vorliegende Sache von den Gerichten zu entscheiden; — diese Ansicht werde auch durch die Bestimmungen des eidgenössischen Rechtes über diese Frage unterstützt (vgl. Concordat über die Heimatlosen vom 3. August 1819, Vollziehungsconcordat vom 17. Juli 1828 und das letzte Concordat vom 30. Juli 1847); — endlich behaupte er, auch wenn die vorliegende Sache eine Verwaltungsstreitigkeit sei, so sei das ganze vom Regierungsrath beobachtete Verfahren und daher auch sein Urtheil selbst formell nichtig, da derselbe erst- und letztinstanzlich ohne irgend eine schriftliche Verhandlung abgeurtheilt habe:: —

in Erwägung:

1) Daß es sich gegenwärtig einzig fragen kann, ob die vorliegende Sache Justizsache oder ob sie Verwaltungssache sei, im erstern Falle diesseitige Stelle sich an den Regierungsrath um Abstellung der Beschwerde zu wenden, im zweiten sie das Begehren einfach abzuweisen hat (§§ 6 und 7 des Gesetzes über die Conflicte vom 23. Brachmonat 1831, Bd. I, S. 246); —

2) daß dafür, daß dieselbe als Verwaltungssache anzusehen sei, die Bestimmung der litt. f. in § 2 des Gesetzes über die Streitigkeiten im Verwaltungsfache vom 23. Brachmonat 1831 (Bd. I, S. 241) entscheidend ist, nach welcher Streitigkeiten über Ertheilung des Gemeindsbürgerrechtes in den Kreis der Verwaltungsbehörden gehören, um eine solche nun es sich handelt bei Anwendung des § 49 des Gesetzes über die Verhältnisse derjenigen Personen, die in einer Gemeinde sich befinden, wo sie nicht Bürger sind, vom 10. April 1840 (Bd. V, S. 493), der übrigens mit § 32 des frühern Gesetzes vom 21. September 1833 (Bd. III, S. 183) übereinstimmt, gemäß welchem eine Gemeinde bei gewissen

Verhältnissen zu unentgeltlicher Aufnahme eines Fremden angehalten, mit andern Worten, zur Ertheilung des Gemeindsbürgerrechts an denselben und zwar ohne Einkauf gezwungen werden kann; —

3) daß, da das citirte, die Ausscheidung der Verwaltungssachen von den Justizsachen enthaltende Gesetz die Streitigkeiten über Gemeindsbürgerrechtsertheilung den Verwaltungsbehörden zuweist, der Umstand als gleichgültig erscheint, daß die in Frage stehende Art derselben erst später eingeführt wurde, da ja dessen ungeachtet der Streit immer ein solcher über die Ertheilung des Gemeindsbürgerrechts ist, zudem auch der Auffassung in der Eingabe, nach welcher der in § 49 vorgesehenen erzwingbaren unentgeltlichen Ertheilung desselben an einen Fremden ein Delict der Gemeinde zu Grunde liegen solle, nicht beigestimmt werden kann, da die Corporation, die Gemeinde, ein solches nicht begehen kann, vielmehr die Sache so anzusehen ist, daß nach dem Willen des Gesetzes aus der bloßen Thatsache, daß ein Fremder in einer Gemeinde gewohnt hat ohne die erforderlichen Bewilligungen, sofern hiedurch dessen Heimweisung verwirkt worden, — die Verpflichtung der Gemeinde zur unentgeltlichen Aufnahme desselben als Bürger entstehe, in welcher Beziehung gemäß litt. f. § 2 des angeführten Gesetzes es sich um eine Verwaltungssache handelt, daß dann aber der Gemeinde, nachdem sie auf solche Weise dem Fremden das Bürgerrecht hat ertheilen müssen, die Befugniß zustehe, diejenigen Personen zu belangen, auf deren Verschuldung jene Thatsache beruht hat, in welcher Hinsicht, als über eine Civilsache, die Gerichte zuständig sind; —

4) daß aus dem Gesagten von selbst folgt, daß darauf nichts ankommen kann, von welchen Grundsätzen bei den in der Eingabe berührten eidgenössischen Concordaten ausgegangen worden sei, auch sich von selbst versteht, daß das Verhältniß, daß im Special-

falle einzelne Mitglieder der obersten Verwaltungsbehörde nicht unbefangen seien (wie es sich hiemit verhalte, berührt dießseitige Stelle nicht), nicht bewirkt, daß nun deßhalb eine Verwaltungssache zur Justizsache werde:: —

durch Stimmenmehrheit,

gegenüber einem Antrage, das Gesuch als begründet zu erklären und demnach das in § 7 des Gesetzes betreffend die Conflicte vorgesehene Verfahren anzuordnen,

beschlossen:

1. Sei das Gesuch als unbegründet abgewiesen; —
2. Seien der Gemeinde Riesbach die Ausfertigungsgebühren aufgelegt.

XXII.

Nach welchem Rechte ist in einem Concurse der Anspruch auf ein Privilegium zu beurtheilen?

Im Concurse des Joh. Baptist Tschudi von St. Blasien, im Badischen, gewesenen Müllers in Küßnacht, machten dessen Kinder, welche in Magden, Cantons Aargau, verbürgert waren, eine bedeutende Forderung für Muttergut geltend, das ihnen nach dem Tode ihrer Mutter aus dem Nachlasse ihres mütterlichen Großvaters, der in St. Blasien gewohnt hatte, angefallen und von ihrem Vater zu Handen genommen war, und sprachen für diese Forderung das Privilegium des Muttergutes an; es kam nun in Frage: 1) welches Recht hier zur Anwendung komme, ob das badische, als das Recht des Heimatsortes des Cridars, oder das aargauische, als das Heimatsrecht seiner Kinder, oder das hiesige, als das Recht des gewesenen Wohnortes des Cridars? und 2) ob, angenommen, die Frage sollte im letztern Sinne entschieden werden, die Kläger nicht deßwegen ein Vorzugsrecht für ihre Forderung

nicht genießen, weil schon vor der Zeit des Anfalles des betreffenden Vermögens von den aarganischen Vormundschaftsbehörden für sie ein Pfleger bestellt, dem Cridar somit die Verwaltung des letztern entzogen worden sei?

Das für die Kläger günstige obergerichtliche Urtheil enthält unter Anderm folgende Entscheidungsgründe:

1) Daß, möge nun das Rechtsverhältniß des Vaters Tschudi zu seinen Kindern, weil Tschudi in St. Blasien heimatsberechtigt ist, und zur Zeit des Anfalles des Vermögens der Kinder auch daselbst wohnhaft war, nach dem Rechte des Großherzogthums Baden, oder, weil die Kläger ihr Heimatsrecht in der Gemeinde Magden, Cantons Aargau, beibehalten haben, nach dem Rechte des Cantons Aargau, oder weil Tschudi vor seinem Austritt den Wohnsitz im Canton Zürich hatte, nach zürcherischem Rechte beurtheilt werden, darüber kein Zweifel herrscht, daß zunächst, besondere Ausnahmsgründe vorbehalten, dem Vater Tschudi nach dem Tode seiner Ehefrau die Vormundschaft über seine Kinder, Verwaltung und Nutznießung ihres Vermögens kraft des Gesetzes zufiel (Art. 384, 385, 390 des badischen Landrechtes, §§ 191 bis 196 des bürgerlichen Gesetzbuches für den Canton Aargau, Thl. II, §§ 1, 3 des zürcherischen Stadt- und Landrechtes), der Vater deßhalb den Kindern gegenüber für ihr angefallenes Vermögen verantwortlich war und, gesetzt auch, es könnte ein Beweis für den wirklichen Bezug des Vermögens durch ihn nicht geführt werden, Ersatz für das Capital zu leisten hat, so weit nicht etwa das Vermögen als bereits im Besitze der Kinder befindlich nachgewiesen werden kann, somit, insofern nicht besondere Gründe für eine Aufhebung der Verantwortlichkeit des Vaters hergestellt werden, ein weiterer Beweis den Klägern zu Begründung ihrer Forderung nicht obliegen würde; —

2) daß indessen solche Gründe der Aufhebung der Verantwortlichkeit

des Vaters behauptet werden, indem gestützt auf Act. 31 und 35 der Beklagte geltend macht, es sei schon, bevor den Kindern das Vermögen aus dem Nachlasse des Großvaters angefallen, dem Vater die Vormundschaft über seine Kinder entzogen, von dem Bezirksgerichte Rheinfelden auf Anregung des Bezirksamtes St. Blasien ein Pfleger für die Kinder bestellt und diese Pflegschaft ungeachtet des Widerspruchs des Vaters Tschudi aufrecht erhalten und bis zum Austritte des Letztern fortgesetzt worden; —

3) daß nun zwar die Bestellung einer Pflegschaft für die Kinder durch die eingelegten Acten allerdings hergestellt ist, diese Thatsache aber nicht genügen kann, um die bezeichnete Verantwortlichkeit des Vaters den Kindern gegenüber aufzuheben, indem aus den Acten nur so viel mit Sicherheit sich ergibt, daß diese Pflegschaft der väterlichen Vormundschaft zur Ueberwachung, Controle und Zuziehung bei wichtigen Geschäften behufs mehrerer Sicherung der Kinder beigeordnet, keineswegs aber, daß sie an die Stelle einer dem Vater wirklich entzogenen Vormundschaft getreten sei; —

4) daß, was sodann die Frage betrifft, ob die Kläger für ihre Forderung ein Privilegium in Anspruch nehmen können, bei den Gründen, welche hier für Anwendung verschiedener über Privilegien dieser Art auch Verschiedenes bestimmender Landesrechte vorliegen, zunächst entschieden werden muß, nach welchem Rechte der Anspruch auf ein Privilegium hier zu beurtheilen sei; —

5) daß nun entscheidende Gründe für Anwendung des zürcherischen Rechtes sprechen, indem

   a) Privilegien im Concurse zunächst persönliche Rechte sind, die nur für den Concurs bestehen und die durch die Regeln betreffend die Rangordnung der Creditoren bei Vertheilung der Concursmasse begründet werden, nun aber nach anerkannten Rechtsgrundsätzen nicht bloß das Concursverfahren, sondern auch das materielle Concursrecht, also namentlich die Grundsätze

über die Rangordnung der Creditoren, so weit sie bloß eine eigenthümliche Folge des Concurses und nicht etwa eine Folge von Pfandrechten sind, die, auch abgesehen vom Concurse, bestehen, nach dem Rechte des Ortes sich richten, wo der Concurs durchgeführt wird, somit hier nach zürcherischem Rechte (Savigny, System des römischen Rechts, Bd. VIII, S. 292);

b) auch wenn man mit Bezug auf das Privilegium des Weibergutes, resp. des Muttergutes oder des Vogtgutes um seiner großen Bedeutung und seines engen Zusammenhanges willen mit dem Güterrecht der Ehegatten und der Kinder eine andere Ansicht geltend machen und dasjenige Recht in Anwendung bringen wollte, nach dem das vermögensrechtliche Verhältniß der Ehegatten zu einander oder des Vaters zu seinen Kindern sich zu richten hat, doch auch bei dieser Annahme in dem vorliegenden Falle Geltung des zürcherischen Rechtes begründet wäre, da für das vermögensrechtliche Verhältniß des Vaters zu seinen Kindern dasjenige Recht maßgebend ist, dem der Vater mit Bezug auf seine allgemeine Rechtspersönlichkeit jeweilen zu folgen hat (Savigny, System des römischen Rechts, Bd. VIII, S. 338; Wächter, über die Collision der Privatrechtsgesetze, Archiv für civilist. Praxis, Bd. XXV, S. 363); nun aber die persönlichen und die damit zusammenhängenden allgemeinen vermögensrechtlichen Verhältnisse des Vaters Tschudi zur Zeit seines Austrittes nach dem Rechte seines damaligen Domicils, des Cantons Zürich, zu beurtheilen sind, indem, wie dieß mit Bezug auf denselben Tschudi in einem frühern Processe desselben mit seiner zweiten Ehefrau laut Urtheils dießseitiger Stelle vom 15. August 1848 (Schauberg, Beiträge Bd. X, S. 63) bereits angenommen worden ist, Tschudi als Bürger des Großherzogthums Baden nicht

wie die Bürger der Schweizercantone, welche den Concordaten über die bürgerlichen Verhältnisse der Niedergelassenen beigetreten sind, auf das heimatliche Recht sich berufen kann, sondern, wie die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die Anwendung des Grundsatzes der Reciprocität zunächst ergeben, mit Bezug auf die fraglichen Rechtsverhältnisse dem Rechte seines jeweiligen Domicils zu folgen hat; —

6) daß nach zürcherischem Rechte das für die Forderung der Kläger behauptete Privilegium begründet ist, indem

a) nach § 40, Thl. X des Stadt- und Landrechtes die hinterlassenen Kinder einer Ehefrau um ihr zu fordern habendes unversichertes Muttergut aus den unverpfändeten Mitteln mit gleichen Rechten, als wenn ihre Mutter selbst den Fall erlebt hätte, bezahlt werden sollen, und nun nach geltender Praxis keinem Zweifel unterliegt, daß auch für dasjenige Vermögen, das den unter väterlicher Vormundschaft stehenden Kindern erst nach dem Tode der Mutter durch Beerbung mütterlicher Verwandter anfällt, in analoger Ausdehnung jener Gesetzesstelle, so wie in analoger Anwendung der Bestimmung des § 37, Thl. X. ibid. und des § 113 des Gesetzes über das Vormundschaftswesen betreffend das Privilegium des Vogtgutes ein Vorrecht gleicher Art besteht;

b) wenn gegen die Geltung dieses Vorrechtes in dem vorliegenden Falle eingewendet wird, daß das Privilegium nur in der rechtlichen Nothwendigkeit, mit der in der Regel das Vermögen der Kinder dem Vater überlassen werden müsse, seinen Grund habe, daher wegfalle, wo ausnahmsweise diese rechtliche Nothwendigkeit nicht vorhanden sei, hier nun aber die Bestellung einer besondern Pflegschaft diese Nothwendigkeit beseitigt habe, und allfällige Bezüge des Vaters aus dem Vermögen der Kinder bloß als freiwillig gegebene Darlehen erscheinen, —

hierauf zu erwiedern ist, daß zwar allerdings, falls nachgewiesen wäre, daß dem Vater Tschudi die Vormundschaft über seine Kinder entzogen und die Verwaltung des Vermögens der Letztern durch den Pfleger und die Vormundschaftsbehörden ausgeübt worden wäre, ein Privilegium für Forderungen aus Vorschüssen, welche der Vormund der Kinder in ihrem Namen dem Vater gemacht hätte, nicht vorhanden wäre (Schauberg, Beiträge Bd. X, S. 151), nun aber, wie in Erwägung 3 bereits ausgeführt worden, die Anordnung einer Pflegschaft hier nicht diese Bedeutung hatte, der Vater Tschudi allerdings in seiner Eigenschaft als väterlicher Vormund in den Besitz des Vermögens seiner Kinder kam und dieser Bezug des Vermögens keineswegs als Empfang eines gewöhnlichen Darlehens erscheint. (Urtheil des Obergerichtes vom 28. April 1853 i. S Tschudi c. Kümmerlin.)

XXIII.

Ueber die Behandlung der Restitutionsgesuche nach § 74 des neuen Gesetzes betreffend das Strafverfahren.

Das Obergericht des Standes Zürich
hat
am 12. October 1853
nach Einsicht einer Zuschrift des Herrn Fürsprech Pestaluz, Namens des Jakob Lienhard von Hinterteufen, Gemeinde Freienstein,
vom 3. d. M. und der Beilagen,
da sich ergeben:

A. Petent sei im September v. J. von Konrad Spaltenstein von Flaach wegen Betruges verzeigt und hierauf nach Durch-

führung der in Folge dessen gegen ihn eingeleiteten Untersuchung durch Urtheil des Criminalgerichtes vom 28. December v. J. des nahen Versuches ausgezeichneten Betruges im Betrage von 233 Fr. 33 Rpn. schuldig erklärt und zu sechs Monaten Gefängniß, 50 Fr. Buße und zweijähriger Einstellung im Activbürgerrechte verurtheilt worden; ferner habe das Criminalgericht ihm die Kosten, so wie eine Entschädigung von 40 Fr. an den Damnificaten aufgelegt und verfügt, es sei das 100 fl. haltende Obligo vom 10. December 1851 dem Damnificaten zurückzugeben; —

B. Nachdem Petent diese Strafe größtentheils erstanden gehabt, sei darauf geklagt worden, daß Konrad Spaltenstein ihn, den Petenten, mit dem Bewußtsein der Unwahrheit wegen des bezeichneten Verbrechens verzeigt und mehrere Personen aufgestiftet habe, zum Nachtheil desselben falsches Zeugniß abzulegen; in Folge dessen seien Spaltenstein und sechs in jener Untersuchung einvernommene Zeugen durch Urtheil des Schwurgerichtes vom 8. v. M. der gerichtlichen Verleumdung schuldig erklärt und bestraft worden; —

C. Gestützt auf dieses Urtheil und unter Bezugnahme auf die §§ 171 und 174 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren stelle nun Petent das Gesuch, es möchte das Obergericht die Wiederherstellung in den frühern Zustand erkennen und das Geschäft behufs weiterer Verhandlung an das Schwurgericht, welches an die Stelle des Criminalgerichtes getreten sei, weisen; —

D. Der Staatsanwalt erkläre, daß er dieses Gesuch für ganz begründet erachte und deßhalb gegen die Gewährung desselben keine Einwendung zu erheben habe; zugleich trage er auf Ueberweisung des Falles an das nächste Schwurgericht in Zürich an mit dem Bemerken, daß nach seiner Ansicht allerdings die Verhandlungen vor Schwurgericht stattfinden müssen, dabei aber die Geschwornen nicht mitzuwirken, sondern lediglich der Gerichtshof auf Grundlage der Acten zu entscheiden habe: : —

in Berücksichtigung:

1) Daß das Restitutionsgesuch des Jakob Lienhard völlig begründet ist, da die eingelegten Urtheile zeigen, daß das Verbrechen, wegen dessen er seinerzeit bestraft wurde, überall nicht statthatte, seine Verurtheilung auch nur durch verbrecherische Einwirkung falscher Zeugen herbeigeführt wurde, und in unverträglichem Widerspruche mit der nachherigen Bestrafung des Spaltenstein und Consorten steht; also die in § 171 a, b und c des Gesetzes betreffend das Strafverfahren erwähnten Voraussetzungen hier alle zutreffen; —

2) daß der § 174 in Fällen, wie der vorliegende, wo die Staatsanwaltschaft auf die Wiederaufnahme der Anklage und überhaupt auf jede weitere strafrechtliche Verfolgung des Restitutionspetenten verzichtet hat, wo somit die Parteien in allen Richtungen einig gehen, offenbar nur den Zweck hat, die Ehre eines schuldlos Verurtheilten durch eine förmliche Freisprechung von Seite desselben Gerichtes, welches das Schuldurtheil ausgefällt hat, wieder öffentlich herstellen zu lassen; —

3) daß hiezu aber die Mitwirkung der Geschwornen von dem Gesetzgeber um so weniger beabsichtigt werden konnte, als er dieselbe nach § 213 da ausdrücklich ausgeschlossen hat, wo über die Schuld des Angeklagten kein Streit unter den Parteien herrscht, während doch vom gesetzgeberischen Standpunkte aus eine Verhandlung der Schuldfrage vor den Geschwornen hier noch eher hätte gerechtfertigt erscheinen müssen, als in Fällen der erstern Art, bei welchen die Nutzlosigkeit eines solchen Zeit- und Kostenaufwandes in die Augen springt; —

4) daß es aber abgesehen von dem Gesagten auch darum noch sich rechtfertigt, den Schwurgerichtshof, dessen Competenz nach § 14 m außer Zweifel ist, auf Grundlage der Acten und Parteivorträge den Fall beurtheilen zu lassen, weil das angefochtene Urtheil des

nicht mehr existirenden Criminalgerichtes auf ganz ähnliche Weise zu Stande kam:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei dem Gesuche entsprochen und demnach das criminalgerichtliche Urtheil vom 28. December 1852 aufgehoben; —

2. Sei der Fall im Sinne der Berücksichtigung 2—4 dem nächsten Schwurgerichte in Zürich überwiesen; —

3. Trage Petent die Ausfertigungskosten.

XXIV.

Zur Erläuterung des § 204 des neuen Gesetzes betreffend das Strafverfahren.

Die Criminalabtheilung des Obergerichtes
hat
am 28. April 1853,
nach Einsicht einer Zuschrift des Herrn Bezirksgerichtspräsidenten Wethli in Meilen vom 16. d. nebst Beilagen,
da sich ergeben:

A. Herr Geschäftsagent Utzinger in Grüningen, Namens des Jakob Weber in Oetweil, habe Klage auf betrüglichen Bankerott gegen den am 15. d. verrechtfertigten Rudolf Zollinger von Willikon-Oetweil bei dem Statthalteramt Meilen erhoben und sodann letzteres unter Bezugnahme auf eine von der Staatsanwaltschaft erhaltene Wegleitung diese Klage dem Untersuchungrichter des Bezirksgerichtes Meilen zur Voruntersuchung übermacht, mit dem Ersuchen, ihm dieselbe seinerzeit vervollständigt zurückzusenden, sei es, daß nur die Richterheblichkeit der vorliegenden Klage dargethan, oder aber die Voruntersuchung durch-

geführt und ihm die weitere Anklagestellung, resp. Ueberweisung in die Hand gelegt werde; —

B. Die bezügliche, von dem Statthalteramt erwähnte Anweisung des Staatsanwaltes laute dahin: Das Statthalteramt, bei welchem nach § 203 des Gesetzes über das Strafverfahren alle Klagen anzuheben seien, „wird bei Bankerottsanklagen nach § 204 des citirten Gesetzes sofort die Mitwirkung des Untersuchungsrichters in Anspruch nehmen, d. h. diesen die Voruntersuchung führen lassen; — nach beendigter Voruntersuchung wird das Statthalteramt entscheiden, ob nach § 14 o und § 15 m des Gesetzes über das Strafverfahren der Fall eventuell in die Competenz des Schwurgerichtes oder des Bezirksgerichtes einschlage; im erstern Falle wird es die Acten der Staatsanwaltschaft überweisen, im zweiten Falle wird das Statthalteramt sich entscheiden, ob es die Voruntersuchung sistiren, resp. dem Kläger den Betrieb derselben überlassen oder ob es die Sache vor Bezirksgericht weiter fortsetzen will“; —

C. Der Untersuchungsrichter, Herr Bezirksgerichtspräsident Wethli, stehe nun an, ob der § 204 des Gesetzes über das Strafverfahren auf die vorliegende Klage, resp. auf Anklagen wegen betrüglichen Bankerottes überhaupt Anwendung finde und stelle daher hierorts eine dießfällige Einfrage: : —

in Berücksichtigung:

1) Daß die ganze Fassung des § 204 des Gesetzes über das Strafverfahren und der Umstand, daß diese Vorschrift nicht im allgemeinen Theile, sondern in demjenigen Titel enthalten ist, der von dem Verfahren vor den Schwurgerichten handelt, deutlich darauf hinweisen, daß es nicht etwa in das freie Ermessen der Statthalterämter, beziehungsweise der Staatsanwaltschaft gestellt ist, die Mitwirkung des Untersuchungsrichters zu Durchführung von Untersuchungen in Anspruch zu nehmen, vielmehr dieses nur ausnahmsweise, „wenn die Verhältnisse (scil. des einzelnen

Falles) es als besonders nothwendig erscheinen lassen", geschehen darf; —

2) daß daher lediglich in Frage kommt, ob im vorliegenden Falle solche Verhältnisse vorliegen, welche zu dem bezeichneten ausnahmsweisen Verfahren berechtigen; diese Frage aber bejaht werden muß, da sich schon das Obergericht veranlaßt fand, durch eine allgemeine Verordnung vom 13. April 1841 die Voruntersuchung in Fällen dieser Art dem Concursgerichte zu übertragen, weil dieses mit den Verhältnissen bekannter und daher hiefür besonders geeignet sei; auch auf diesem Wege die Erledigung des Concurses nicht aufgehalten werde (vgl. Schaubergs Beiträge Bd. I, S. 487, Nr. 44), und nun die nämlichen Gründe auch gegenwärtig noch die Beobachtung des gleichen Verfahrens als angemessen erscheinen lassen; —

3) daß übrigens, wenn der betreffende Concurs bereits durchgeführt wäre und eine solche Klage wegen betrüglichen Bankerotts erst nachträglich erhoben würde, dann für das Statthalteramt kein Grund mehr vorläge, die Mitwirkung des Untersuchungsrichters in Anspruch zu nehmen (vgl. Recursalbescheid in Sachen der Staatsanwaltschaft vom 7. April 1852); dieser Punkt indeß einer weitern Erörterung darum nicht bedarf, weil nach der Einfrage des Bezirksgerichtspräsidiums Meilen der Zollinger'sche Concurs noch pendent zu sein scheint:: —

mit Mehrheit beschlossen:

Sei der Einfrage des Bezirksgerichtspräsidiums Meilen keine weitere Folge zu geben.

XXV.

Ueber die Verpflichtung, die an einen Schuldbrief geleisteten Zahlungen abschreiben zu lassen oder Schadenersatz zu leisten.

A. (Kläger) schuldete zu Gunsten seines minorennen Bruders B. ein Capital von 250 fl., wofür ein Schuldbrief, datirt von 1833, errichtet war; X., der jetzige Beklagte, war Vogt des B., und an ihn wurde das Capital bis auf einen geringen Rest durch verschiedene Zahlungen bezahlt, letztere jedoch im Schuldbriefe nicht abgeschrieben; X. wurde, nachdem bereits einige dieser Theilzahlungen erfolgt und sein Vögtling B. volljährig geworden war, durch Cession Eigenthümer des betreffenden Schuldbriefes, der aber — wie es scheint — in der Schirmlade liegen blieb, von Y. durch Mißbrauch seiner amtlichen Stellung aus derselben entwendet und dem Z. um den vollen Betrag als Faustpfand für ein Darlehen übergeben wurde; A. belangt nun X. um Abschreibung der geleisteten Theilzahlungen an dem Schuldbriefe oder Ersatz des Schadens, den er durch die Verpfändung des letztern erleide; über diese alternativen Begehren hat sich die Civilabtheilung des Obergerichtes folgendermaßen ausgesprochen:

1) Daß, wenn Kläger von dem Beklagten Abschreibung der geleisteten Zahlungen an dem fraglichen Schuldbriefe und, da diese Abschreibung wegen Verpfändung des Briefes unmöglich geworden, Ersatz des dadurch für ihn entstehenden und entstandenen Schadens verlangt, wohl unterschieden werden muß, auf welchen Rechtsgrund diese Klage sich stütze, ob lediglich auf das Recht des Schuldners nach erfolgter gänzlicher oder theilweiser Bezahlung seiner Schuld die entsprechende Entkräftung des Schuldbriefes als des für diese Schuld vorhandenen Beweismittels zu begehren, oder hingegen

auf das Recht, Ersatz des Schadens, den ein Verschulden des Gläubigers durch widerrechtliches Verfahren mit dem Schuldbriefe dem Schuldner gebracht hat, zu fordern; —

2) daß, insofern der erstere Gesichtspunkt der Klage zu Grunde gelegt wird, der Beklagte, der die von dem Kläger behaupteten Zahlungen nicht bestreitet, zwar allerdings zur Vornahme der Abschreibung verpflichtet ist, wenn die Zahlungen an ihn selbst als Inhaber des Briefes erfolgt sind, oder wenn er nach bereits geschehener Leistung der Zahlungen den Schuldbrief unter Mitwissen um diese Zahlungen erworben hat, dieses aber nur so lange er den Schuldbrief selbst besitzt und ihm die Abschreibung möglich ist, indem die fragliche Verpflichtung keineswegs als eine selbstständige Obligation aufgefaßt werden kann, die, wenn die directe Erfüllung unmöglich geworden ist, und zwar nicht durch bloßen Zufall, von selbst an deren Stelle die Verbindlichkeit zu Leistung des Interesse begründet, sondern vielmehr an den Besitz des Schuldbriefes sich knüpft, eben deßhalb auf jeden Erwerber des Schuldbriefes, der nicht durch besondere Einreden geschützt wird, übergeht, und in engem Zusammenhange steht mit dem im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bestehenden Grundsatze, daß abbezahlte, aber noch in Kräften stehende Briefe, falls keine besondern Rechte entgegenstehen, sogar von Amtes wegen zur Annullation eingefordert werden sollen (§§ 28, 29, Thl. V des Stadt- und Landrechtes), aus welchem Grunde dann auch eine Verjährung dieses Rechtes, Abschreibung zu verlangen, nicht angenommen werden kann; —

3) daß nun, da Kläger selbst behauptet, der Beklagte sei außer Stande, die Abschreibung vorzunehmen, und der Brief befinde sich gegenwärtig, sei es noch als Faustpfand oder bereits als Eigenthum (aus den Acten erhellt dieß nicht sicher), in den Händen des Z., schon aus diesem Grunde von dem bezeichneten

Standpunkte aus die Klage wenigstens zur Zeit sich nicht rechtfertigt; —

4) daß, wenn die Klage als Schadensersatzklage aufgefaßt wird, der Umstand, daß der Beklagte nicht im Besitze des Briefes sich befindet, der Klage zwar nicht entgegensteht, und auch Verjährung der Klage nicht hergestellt ist, weil der Anfang der Verjährung erst auf den Moment gesetzt werden könnte, in dem der Kläger Kenntniß von dem eingetretenen Schaden erhalten hat, wohl aber die Klage deßhalb als unbegründet erscheint, weil Kläger nicht bestimmt behauptet und keinen Beweis dafür anerboten hat, daß der Beklagte durch eigene widerrechtliche Handlung, so durch eigene Verpfändung oder Veräußerung des Schuldbriefes in seinem vollen Werthe, ungeachtet er dessen theilweise Abzahlung gekannt, den für den Kläger entstehenden Schaden verschuldet habe, während Dieses zu Herstellung des Klagegrundes für die Schadensersatzklage erforderlich wäre, indem, wie dieß von der Praxis entschieden anerkannt worden ist (s. Urtheil in Sachen Kunz c. Aeberli, Schauberg, Beiträge Bd. XI, S. 285), die Bestimmung des § 31, Thl. V des Stadt- und Landrechtes, wonach der Schuldner selbst bei der Zahlung auf gehörige Abschreibung in dem Schuldbrief dringen, und wenn er dieß versäumt hat, den Schaden wegen seiner Saumseligkeit an sich selbst tragen soll, zu der Annahme führen muß, daß die bloße Thatsache eines für den Schuldner aus Unterlassung der Abschreibung entstandenen Schadens zu Begründung einer Haft des Gläubigers für diesen Schaden nicht genügt, sondern, wenn nicht ein besonderes Verschulden des Gläubigers nachgewiesen werden kann, der Schuldner für seine Nachlässigkeit selbst einzustehen hat. (Urtheil der Civilabtheilung vom 14. Juli 1853 i. S. Honegger c. Meier.)

XXVI.

Ueber die Verpflichtung des Mandatars, resp. seiner Erben zur Rechnungsstellung.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 5. März 1853,
nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Gemeinderathes Egg, Namens des durch Heinrich Maurer im Drittenberg bevormundeten Jakob Maurer in der Laurwies daselbst, betreffend Beschwerde über eine Befehlsverweigerung des Bezirksgerichtspräsidiums Uster,
da sich ergeben:

A. Auf Ansuchen der Erben des alt Kirchenpflegers Felix Maurer in der Laurwies zu Egg sei durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Uster vom 3. April 1846 Herr Procurator Homberger von Uster als Liquidator dieser Erbsmasse bestellt worden; die Liquidation sei nunmehr längst beendigt, es mangle aber immer noch die Liquidationsrechnung; — zu den Maurer'schen Erben gehöre unter andern auch der wegen Geistesschwäche unter Vormundschaft stehende Jakob Maurer, Recurrent; es habe daher der Gemeinderath Egg Namens des Letztern beim Bezirksgerichtspräsidium Uster das Gesuch gestellt, daß dem Herrn Homberger, resp. da derselbe seither verstorben sei, seinen Erben eine Frist zur Rechnungsstellung angesetzt werde; —

B. Auf dieses Begehren haben die Homberger'schen Erben, nämlich Herr Eugen Homberger, Sohn in Uster für sich und Namens seiner Schwester, Frau Wegmann, erwiedert: ihr Vater habe nach den in seinem Nachlasse vorhandenen Papieren bereits eine Auf- und Abrechnung getroffen mit sämmtlichen Maurer'schen Erben mit alleiniger Ausnahme des Recurrenten; sie glauben aber, daß der

Gemeinderath nicht von ihnen, sondern nur von dem Vogte des Recurrenten Rechnung über das Vermögen des Letztern fordern dürfe; dabei seien sie indeß bereit, dem Vogt des Recurrenten die Grundlagen zu der Rechnung nach Möglichkeit an die Hand zu geben; auch anerkennen sie die Pflicht zur Bezahlung einer allfälligen Rechnungsschuld, so weit diese aus der Liquidation entspringe und sie als Erben des Liquidators dafür einzustehen haben; —

C. Diese Antwort sei dem Gemeinderathe Egg durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Uster vom 27. Januar d. J. mit der Bemerkung mitgetheilt worden, daß unter den obwaltenden Umständen es nicht angehe, jene Erben auf summarischem Wege zur Rechnungsstellung anzuhalten, sondern daß er sich mit denselben gütlich oder, sofern dieß nicht möglich sei, auf dem ordentlichen Rechtswege aus einander zu setzen, von denselben Rechnung sammt Belegen, resp. allfälligen Rechnungssaldo herauszufordern habe; —

D. Hierüber beschwere sich nun der Gemeinderath Egg, indem er sein Gesuch wiederhole und dasselbe für gerechtfertigt halte, weil jeder Liquidator Denjenigen, die ihm die Liquidation übertragen haben, zur Rechnungsstellung nach beendigter Liquidation verpflichtet, also das vorliegende Verhältniß so einfach sei, daß dasselbe gar wohl auf summarischem Wege erledigt werden könne; —

E. In Beantwortung des Recurses wiederholen die Homberger'schen Erben das Fact. B. Angeführte und erklären, sie werden für Alles, wofür sich ihr Vater verbindlich gemacht habe, einstehen, weiter aber gehe ihre Verpflichtung nicht; es sei ihnen, da sie die äußerst schwierige Liquidation nicht selbst besorgt haben, auch gar nicht möglich, die verlangte Liquidationsrechnung zu stellen; der Gemeinderath habe sich mit der Vorlegung aller aus dem Nachlaß des Liquidators vorhandenen, auf das fragliche Verhältniß bezüglichen Schriften zu begnügen, denn aus diesen werde er sich überzeugen können, daß eine Beeinträchtigung des Recurrenten nicht stattgefunden habe:: —

in Erwägung:

1) Daß die den Recursen gegenüber dem unter obrigkeitlicher Vormundschaft stehenden Recurrenten obliegende Verpflichtung, über die Liquidation des Felix Maurer'schen Nachlasses Rechnung zu stellen, völlig klar vorliegt, da unbestritten ist, daß zu denjenigen Personen, von welchen, beziehungsweise in deren Namen der Erblasser der Recursen den Auftrag zu diesem Geschäft erhalten hat, auch Recurrent gehöre, so wie daß von jenem auch die Liquidation ausgeführt worden sei; darüber, daß der Mandatar, wenn das Geschäft mit Einnahmen und Ausgaben verbunden war, Rechnung abzulegen habe, ein Zweifel nicht besteht, durch den Tod des Mandatars zwar die Ausführung des Auftrags, wenn er noch nicht vollzogen ist, aufgehoben wird, dagegen hiedurch die in Folge der bereits stattgefundenen Ausführung des Auftrags eingetretenen Verpflichtungen des Mandatars keineswegs verändert werden, diese vielmehr auf dessen Erben übergehen, mithin von den letztern Rechnung abzulegen ist, wenn der Mandatar, wie hier, nach Vollziehung des Auftrags, also zu einer Zeit stirbt, wo er selbst zur Rechnungsablegung verpflichtet gewesen ist, darauf die Recursen sich nicht berufen können, daß sie mit den übrigen Felix Maurer'schen Erben „Auf- und Abrechnung" getroffen haben, da dieß das Recht des Recurrenten nicht berührt, selbstverständlich auch nach der Natur der Leistung nicht von einer bloß theilweisen Rechnungsstellung die Rede sein kann, vielmehr um eine Quote es sich erst dann handeln kann, wenn später eine Forderung auf Restitution Dessen, was durch das aufgetragene Geschäft an den Mandatar gekommen ist, gestellt werden sollte; —

2) daß daher der Bezirksgerichtspräsident unter Aufhebung seiner Verfügung anzuweisen ist, den Recursen angemessene Frist zur Rechnungsstellung über die Liquidation des Felix Maurer'schen Nachlasses gegenüber dem Gemeinderath Egg Namens des Jakob

Maurer anzusetzen, unter der Androhung, daß sonst von ihm (dem Bezirksgerichtspräsidium) ein Rechnungsverständiger bestellt würde, der auf Kosten der Recursen die Rechnung zu stellen hätte und an welchen auch von ihnen zu diesem Behuf die auf die Verwaltung bezüglichen Schriften und Belege zu verabfolgen wären:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet, die recurrirte Verfügung aufgehoben und der Bezirksgerichtspräsident in Uster beauftragt, gemäß Erwäg. 2 zu verfahren; —

2. Tragen Recursen die Kosten.

XXVII.

Inwiefern hat der Käufer eines Grundstückes eine darauf versicherte Schuld in den sog. Anhang aufnehmen zu lassen?

Das Bezirksgericht Zürich

hat

am 2. März 1853

in Sachen des Herrn Ludwig Rochefort in Zürich, Klägers, gegen Herrn Gemeinderath Rudolf Weber in Hottingen, Beklagten, betreffend Kauf, über die Rechtsfrage: Ob der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger 28,420 Quadratfuß Land, herrührend von den Liegenschaften des Herrn Joh. Fierz im Zeltweg, für den Preis von 17½ Rappen per Fuß als Eigenthum abzutreten und vorstandsfrei notarialisch zufertigen zu lassen?

da sich ergeben:

A. Die Erben des verstorbenen Herrn Johannes Fierz-Schultheß im Zeltweg zu Hottingen brachten die von dem Letztern hinterlassenen Liegenschaften auf eine Gant; der Kläger blieb Meistbieter, trat aber seine Rechte an den Beklagten ab gegen eine Provision von 3000 Fr. in baar und folgende vom 20. Jaunar d. J. datirte Verpflichtung des Beklagten: „Der Unterzeichnete erklärt hiemit auf den Fall hin, daß er Eigenthümer der Fierzischen Liegenschaften im Zeltweg wird, dem Herrn Louis Rochefort in Zürich die in einem Plan mit Nr. 7, 8 und 9 bezeichneten circa 28,420 Quadratfuß in sich fassenden Abtheilungen Land zu dem Preis von 17½ Rappen, in Worten u. s. w., käuflich abzutreten, und zwar gegen Baarzahlung; das Brunnenwasser ist auf dem Lande des Verkäufers abzuleiten“; —

B. Der Kauf wurde hierauf dem Beklagten wirklich zugesagt und am 11. Februar d. J. auch zugefertigt für die Kaufsumme von 52,000 Fr.; 7000 Fr. wurden baar bezahlt und für 45,000 Fr. wurde ein Kaufschuldbrief errichtet, in der Meinung, daß weitere 6000 Fr. mit Martini 1853 bezahlt werden sollen; —

C. Nun fordert der Kläger, daß der Beklagte ihm die Fact. A. bezeichneten Parcellen durch das Notariatsprotokoll als Eigenthum zufertigen lasse, und der Beklagte erklärt sich auch dazu bereit; der Streit zwischen den Parteien, welcher gegenwärtig einen gerichtlichen Entscheid erheischt, ist bloß der, daß der Kläger behauptet, der Beklagte müsse ihm vorstandsfrei, das heißt, ohne irgend welche Anmeldung einer auf den Objecten haftenden Schuld, zufertigen, während Beklagter dieses bestreitet; —

D. Kläger beruft sich zur Unterstützung seiner Behauptung auf den Inhalt des Vertrages, hauptsächlich den Umstand, daß Baarzahlung bedungen worden sei und er sich somit nicht gefallen lassen müsse, daß die Objecte noch in einem großen Schuldbriefe verschrieben bleiben; eventuell verweigert er Baarzahlung; der Beklagte hinwieder entgegnet,

es sei nicht abgeredet worden, daß das Land frei, ledig und eigen zugefertigt werde, der Kläger müsse sich daher die Anmeldung des Schuldbriefes gefallen lassen, und da bereits eine Zahlung an den Kauf geleistet sei und eine zweite in nicht ferner Zeit erfolge, so könne auch nicht von irgend welcher Gefahr die Rede sein:: —

in Erwägung:

1) Daß über die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger das Fact. A. bezeichnete Land als Eigenthum notarialisch zufertigen zu lassen, zwischen den Parteien kein Streit mehr herrscht, sondern lediglich noch die Frage streitig ist, ob in dem Kaufbriefe des Klägers der auf sämmtlichen Kaufsobjecten des Beklagten versicherten Schuld in Form eines sogenannten Anhangs Erwähnung gethan werden dürfe, in welcher Beziehung, da weitere Beweise nicht angeboten sind, bei dem Entscheide lediglich der Inhalt des Vertrages maßgebend ist; —

2) daß nun, da Baarzahlung bedungen wurde, obschon in den Fällen, wo ein mit andern für eine Schuld verpfändetes Grundstück an einen Dritten übergeht, durch das Gesetz betreffend das Notariatswesen geboten wird, es solle ein verhältnißmäßiger Theil der Schuld auf den neuen Eigenthümer verlegt werden, als Meinung der Contrahenten anzunehmen ist, der Beklagte habe die fraglichen Grundstücke dem Kläger vorstandsfrei zu übergeben; wenn jener aber sich darauf berufen zu können glaubt, daß bei dem Vertrage nicht davon die Rede gewesen sei, daß die Grundstücke frei und ledig, das heißt ohne irgend welche Verhaftung für eine Schuld übertragen werden, somit Kläger sich der Vormerkung der Schuld in der Form des Anhanges zu unterziehen habe, hievon darum nicht ausgegangen werden kann, weil einerseits im Zweifel die Präsumtion nicht zu Gunsten des Verkäufers spricht, sondern es Sache des Letztern gewesen wäre, im Vertrage auf das Verhältniß hinzuweisen, anderseits und wesentlich aber in Betracht

fällt, daß die grundversicherte Schuld, welche dem Kläger in den Anhang gebracht werden soll, erst nach Abschluß des Vertrages auf das Land gelegt wurde, mithin nicht einmal der Beklagte eine stillschweigende Zustimmung des Klägers zur Uebernahme einer Verschreibung in irgend welcher Form präsumiren, vielmehr dagegen der Kläger annehmen durfte, das Land werde ihm völlig frei zugefertigt werden; —

3) daß daher die Klage als begründet sich darstellt:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Sei der Beklagte verpflichtet, die fraglichen Grundstücke ohne Belastung mit einer Schuld dem Kläger notarialisch zufertigen zu lassen; —

2. Trage Beklagter die Proceßkosten und entschädige den Kläger mit 15 Fr.

In Folge der von dem Beklagten gegen dieses Urtheil ergriffenen Berufung hat sodann die Civilabtheilung des Obergerichtes unterm 12. April 1853 in Genehmigung des wesentlichen Inhaltes der erstinstanzlichen Erwägungen und in fernerer

Erwägung:

1) Daß, da das Grundstück, welches der Beklagte anerkanntermaßen dem Kläger notarialisch zuzufertigen verpflichtet ist, sich mit andern Grundstücken für eine Schuld verpfändet findet, gemäß den Bestimmungen des § 52 des Gesetzes über das Notariatswesen nothwendig eine Einzinserei entstehen müßte und nun das Obergericht immer daran festgehalten hat, daß beim Mangel einer dießfälligen Vereinbarung der Käufer eines Grundstückes in ein solches Verhältniß zu treten nicht verpflichtet werden könne (cf. Schauberg, Beiträge Bd. X, S. 355 ff.); —

2) daß sich daher nur fragt, ob Kläger sich nicht gefallen lassen müsse, daß die fragliche Schuldpost ihm in den sog. Anhang gestellt werde, und wenn nun auch allerdings das Obergericht

schon angenommen hat, daß in Fällen, wo die in den Anhang zu bringenden Schuldposten auf ganz alte Schuldbriefe sich beziehen und wo die Verhältnisse von der Art sind, daß der Käufer sich vorstellen konnte oder mußte, daß solche Anhänge nicht zu vermeiden sein werden, und überdieß von einer Gefahr nicht gesprochen werden kann, der Käufer sich der Vormerkung derartiger Schuldposten in seinem Kaufbriefe in der Form von Anhängen zu unterziehen habe, doch dieß keine Anwendung findet, wo, wie hier, der Anhang aus neuerer Zeit herrührt und sogar durch das Kaufsgeschäft, welches die Veranlassung zum gegenwärtigen Processe gegeben hat, entstanden ist (cf. obergerichtliches Urtheil vom 6. April 1849 in Sachen Zinscommission c. Schneebeli, und vom 6. Juni gl. J. in Sachen Frei c. Maurer, abgedruckt in Schauberg's Beiträgen Bd. XI, S. 36 ff.); —

3) daß, wenn endlich der Anwalt des Beklagten heute behauptet hat, es müsse Kläger die betreffende Vorstellung darum sich gefallen lassen, weil derselbe zuerst Käufer der fraglichen Liegenschaften gewesen sei und gewußt habe, daß eine andere Fertigung nicht möglich sei, ganz und gar nicht ersichtlich ist, daß etwa schon in den Gantbedingungen, auf welche hin Kläger gekauft, irgend etwas darüber bestimmt worden sei, wie es mit der Versicherung des Kaufrestes gehalten werden solle, hievon abgesehen übrigens Kläger bei Abschließung des Vertrages mit Rücksicht darauf, daß Baarzahlung für das ihm abzutretende Land bedungen worden war, sehr wohl annehmen konnte, daß der Beklagte mit den Verkäufern sich verständigen und die völlig freie Uebertragung des ihm — dem Kläger — abzutretenden Grundstückes möglich machen werde:: —

mit Einmuth gefunden:

Sei die Berufung des Beklagten unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei der Beklagte verpflichtet, die fraglichen Grundstücke ohne Belastung mit einer Schuld dem Kläger notarialisch zufertigen zu lassen; —

2. Habe es bei den Kosten- und Entschädigungsbestimmungen des bezirksgerichtlichen Urtheils sein Verbleiben; —

3. Habe der Beklagte auch die dießseitigen Kosten zu tragen und den Kläger für heute mit 20 Fr. zu entschädigen.

XXVIII.

Streit über thatsächliche Verhältnisse der Steuerpflichtigen, also auch über die Größe des Vermögens derselben, ist Rechtssache.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 8. October 1853,
nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Herrn H. K., Bezügers, in H., Namens der dortigen Schulgemeinde, betreffend Beschwerde über eine Rechtsöffnungsverweigerung des Bezirksgerichtspräsidiums Hinweil,
da sich ergeben:

A. Namens der Schulgemeinde H., von welcher zur Deckung der Kosten der Schulhausbaute in den Jahren 1849 bis 1852 wiederholt Anlagen ausgeschrieben und erhoben worden seien, habe der Bezüger, Herr K., mittelst Rechtsbotes vom 21. Juni d. J. den Herrn Hauptmann J. Sch. in H. für 739 Fr. 38 Rpn. zum Schulhausbau und 29 Fr. 59 Rpn. Kosten betrieben und, nachdem er für den Mehrbetrag über die anerkannte Summe von 400 Fr. 61 Rpn. hinaus Rechtsvorschlag

erhalten, um Rechtsöffnung nachgesucht und dabei unter Anderm bemerkt, in den 739 Fr. 38 Rpn. seien inbegriffen 384 Fr. a. W. als sechszehn Anlagen, nämlich zwölf Anlagen für das Jahr 1851 und vier solche von Neujahr bis Ende April 1852; dieser Ansatz sei berechnet gemäß der regierungsräthlichen Vermögenstaxation vom 7. August 1852; —

B. Mit Bezug auf den Ansatz von 384 Fr. a W. habe Herr Sch. erklärt, es seien 172 Fr. a. W. von Anfang an von ihm anerkannt worden, mehr aber nicht; er habe nämlich früher schon ein Vermögen von 7800 Fr. a. W. versteuert und sodann im Januar 1851 von seinem Vater 10,750 Fr. a. W. geerbt; von jenen 7800 Fr. a. W. habe er seinerzeit die betreffenden Anlagen entrichtet und von den ererbten 10,750 Fr. a. W. anerkenne er für die Zeit vom 16. Februar 1851 bis Ende April 1852 sechszehn Anlagen im Betrage von 172 Fr. a. W. nachzahlen zu müssen; die Differenz von 212 Fr. a. W. bestreite er; dieselbe rühre daher, daß der Gemeinderath bei Ausmittlung der Anlagen für den erwähnten Zeitraum die regierungsräthliche Vermögenstaxation vom Jahr 1852 zu Grunde gelegt habe, während nicht diese, sondern die Taxation vom Jahr 1851, das heißt, die damaligen Staatssteuerregister maßgebend seien; hier handle es sich um eine principielle Auslegung des Steuergesetzes, welche in die Competenz der Administrativbehörden falle, weßwegen die Ansprecherin hier abgewiesen und ihr überlassen werden müsse, ihn, den Betriebenen, für diesen Anspruch vor den Administrativbehörden zu belangen; —

C. Durch Verfügung vom 2. v. M. habe sodann das Bezirksgerichtspräsidium Hinweil u. A. die Ansprecherin mit ihrem Rechtsöffnungsgesuch betreffend die Differenz von 212 Fr. a. W. an die Administrativbehörden gewiesen; —

D. Hierüber beschwere sich nun die Recurrentin und verlange Rechtsöffnung für 87 Fr. 20 Rpn. a. W., indem sie die Fact. A. erwähnten 384 Fr. a. W. folgendermaßen specificire:

124 Fr. 80 Rpn. a. W.	von dem Betriebenen früher in verschiedenen Malen bezahlt,	
172 „ — „ „	anerkannt als in den im Rechtsvorschlag erwähnten 400 Fr. 61 Rpn. inbegriffen,	
87 „ 20 „ „	die jetzt noch streitige Summe.	
Sa. 384 Fr. — Rpn. a. W		

und behaupte, die hier zu entscheidende Frage gehöre in die Competenz der Gerichte und nicht in diejenige der Verwaltungsbehörden, denn es handle sich hier nicht um eine principielle Auslegung des Steuergesetzes, sondern darum, ob nicht der Betriebene, der ein Vermögen von 24,000 Fr a. W. besitze und für das Jahr 1851 versteuert habe, nach diesem Maßstabe an die Schulhausbaukosten beizutragen verpflichtet sei (unter den der Recursschrift beigelegten Acten befindet sich ein vom 7. August 1852 datirter Beschluß des Regierungsrathes, wodurch in Folge eines Recurses des Betriebenen gegen die Taxation seiner Vermögenssteuer für das Jahr 1851 diese Taxation auf 36 Fr. a. W [? $1\frac{1}{2}$ vom Tausend] festgestellt wurde); —

E. In Beantwortung der Recursschrift trage Herr Procurator Sulzberger Namens Herrn Sch. auf Bestätigung der recurrirten Verfügung an, indem er bemerke: er sei allerdings am 7. August 1852 von dem Regierungsrath in seinem Vermögen auf 24,000 Fr. a. W. taxirt worden, dieser Taxation habe er sich unterzogen, um den maßlosen Widerwärtigkeiten eines Steuerprocesses zu entgehen, und ebenso habe er die seitherigen Anlagen an die Gemeinde auf dieser Basis entrichtet; auf die frühern Anlagen aber könne man diese Taxation nicht zurückbeziehen, da die Gemeindesteuern immer auf Grundlage des im Momente des Bezuges geltenden Staatssteuerregisters bezogen werden müssen; — übrigens falle die hier zu entscheidende Frage in die Competenz der Administrativbehörden, es handle sich nämlich darum, ob für die Erhebung der Gemeindesteuern das jeweilige Staatssteuerregister zur Norm diene oder ob eine viel später stattfindende veränderte Taxation

auf Steuern zurückbezogen werden könne, welche lange, bevor eine Veränderung der Taxation auch nur eingeleitet gewesen, ausgeschrieben und bezahlt worden seien:: —

in Erwägung:

1) Daß sich der Streit nur darauf bezieht, ob Recurse verpflichtet sei, die von der Gemeinde für die Schulhausbaute für das Jahr 1851 und im März 1852 ausgeschrieben gewesenen und wirklich erhobenen Anlagen auf Grundlage der regierungsräthlichen Taxation vom 7. August 1852 zu entrichten, also für jene Anlagen so viel nachzuzahlen, als die seit der fraglichen Steuererhebung erhöhte Taxation mehr als die frühere, zur Zeit der Steuererhebung maßgebende, abgeworfen hätte; —

2) daß nun zwar der Ansicht des Recursen, wonach der dießfällige Entscheid in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden fiele, nicht beigetreten werden kann, da nach § 2, litt. c des Gesetzes betreffend Streitigkeiten im Verwaltungsfache nur solche Anstände über Steuern und Anlagen u. s. w., welche sich „unmittelbar auf Ausschreibung oder Vertheilung beziehen“ als solche, bei denen es sich darum handelt, ob das Steuergesetz in dem einzelnen Falle richtig angewendet worden, mithin z. B. ob die betreffende Behörde zu Ausschreibung der Steuer befugt, ob zu dem in Rede stehenden Zwecke die Steuer gerechtfertigt, eine gewisse Person, ein bestimmtes Vermögen oder Vermögensobject überhaupt oder in der fraglichen Art und Umfange steuerpflichtig, bei Ausschreibung und Erhebung der Steuer den gesetzlichen Vorschriften ein Genüge geschehen sei u. dgl., in den Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden fallen, wogegen Streit über thatsächliche Verhältnisse, welche die Steuerbehörde als wirklich vorhanden angenommen und wodurch sie sich bewogen gefunden hat, die in Rede stehende Summe überhaupt und in der fraglichen Größe zu fordern, also ob der mit der Steuer Belegte auch wirklich die ihm von der Behörde beigemessene,

ihn der betreffenden Steuer unterwerfende, Eigenschaft besitze, z. B. Bürger, auf Eigenthum sitzender Niedergelassener u. s. w. sei, ob er eine Haushaltung, oder so viel oder die Art des Vermögens, von welchem die Steuer zu erheben ist, habe, Rechtssache ist (vgl. dießseitiges Urtheil vom 31. März 1840 bei Schauberg, Beiträge Bd III, S. 18, Nr 28; Recursalbescheid vom 31. Christmonat 1842, Bd. IV, S. 197 ff.; 8. Januar 1848, Bd. IX, S. 321; 4. April 1848, ibid. S. 381; 14. Herbstmonat 1848, Bd. X, S. 118; 15. Januar 1850, Bd. XII, S. 29; 17. März und 24. April 1851, Bd. XIII, S. 304, Nr. 36 und 37), und nun der vorliegende Streit wohl unbedenklich in die letztere Classe gehört, da es sich darum handelt, ob Recurse das ihm jetzt beigemessene Vermögen zur Zeit der Steuererhebung schon besessen habe und ob, wie es sich auch damit verhalte, die spätere Ermittelung eines größern Vermögensbestandes noch Einfluß und welchen auf die frühern Steuerbezüge ausüben könne, in welcher letztern, allerdings auch hinsichtlich des Competenzpunktes etwas zweifelhaftern, Beziehung noch in Betracht kommt, daß bisanhin die Uebung der Auffassung eines solchen Streites als Rechtssache insofern zur Seite steht als ähnliche Anstände, wie z. B. die Befugniß zu Nachforderung und zwar nicht nur des einfachen, sondern sogar des fünffachen Betrages (nach § 15 des Gesetzes über die Gemeindeausgaben und Gemeindssteuern vom 15. December 1835) wegen späterer Entdeckung von Vornahmen, die zum Zwecke hatten, ein steuerbares Object der Steuer zu entziehen, an die Gerichte gebracht und von ihnen behandelt worden sind, wie z. B. der im Laufe dieses Jahres entschiedene Streit in Sachen der Gemeinde Erlenbach c. Stauber; —

3) daß nun aber dessen ungeachtet die recurrirte Rechtsöffnungsverweigerung sich rechtfertigt, da es der in Rede stehenden Steuer-

forderung an der erforderlichen Liquidität gebricht, indem theils aus dem Umstande, daß Recurse sich die im August 1852 erfolgte Erhöhung seiner Vermögenstaxation hat gefallen lassen, noch nicht sein Wille anzuerkennen, daß er auch schon früher ein größeres als das den bezahlten Steuern zum Grunde gelegene Vermögen besessen habe, folgt, theils auch abgesehen hievon die Befugniß der Steuerbehörde wegen einer nicht etwa ausdrücklich zugegebenen oder in gerichtlichem Wege festgestellten unrichtigen Versteuerung, sondern bloß gestützt auf eine von den Administrativbehörden nach ihrem Ermessen ausgegangene Taxation, der sich der Betroffene vielleicht nicht im Bewußtsein ihrer Richtigkeit, sondern nur um unverhältnißmäßigen Kosten und Unannehmlichkeiten eines Processes zu entgehen, unterzogen hat, dieß aber vielleicht unter Annahme einer Rückwirkung auf bereits bezahlte Steuern nicht gethan hätte, nachträgliche Zahlung eines höhern Betrages für schon früher bezahlte Steuern zu fordern, als unzweifelhaft und klaren Rechtens sich mit nichten ansehen läßt: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Bleiben die Recurskosten nach § 7, Satz 3 des Sportelgesetzes außer Ansatz.

XXIX.

Ueber die Gebrechen des neu eingeführten Geschwornenverfahrens.

(Fortsetzung.)

II. In einem freien Staate ist die Einführung des Geschwornengerichtes als der Strafgerechtigkeit nachtheilig unbedingt zu verwerfen.

Um diesen höchst wichtigen und den Grundgedanken der ganzen vorliegenden Abhandlung enthaltenden Satz begründen zu können, muß man sich zuvor über drei Voraussetzungen verständigen, damit genau die Grenzen bezeichnet seien, innerhalb welcher die anzustellenden Untersuchungen sich allein bewegen wollen und dürfen.

1. Ist die Frage **über die Einrichtung des gerichtlichen Verfahrens** in aller und jeder Hinsicht von der Frage zu trennen und zu unterscheiden, **ob als Richter über das Schuldig- oder Nichtschuldigsein des Angeklagten Geschworne entscheiden sollen.**

Gewöhnlich oder doch häufig pflegt man die Geschwornen in untrennbarer Verbindung mit dem öffentlichen und mündlichen Strafverfahren sich zu denken, welcher Gedanke völlig unrichtig ist und in den Streitigkeiten über den Werth oder Unwerth des Geschwornengerichtes bisher den großen Nachtheil hatte, daß man sich nicht recht verstand und namentlich die Freunde des Geschwornengerichtes, anstatt dessen Vortheile nachzuweisen, sich darauf warfen, mit dem üblichen Zeitpathos für die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens zu kämpfen und die Gegner des Geschwornengerichtes zugleich als Feinde der letztern zu verdächtigen. Das Verfahren als solches kann durchaus dasselbe

sein, ob zuletzt beständige Richter oder Geschworne urtheilen, was kaum Jemand zu bestreiten wagen wird und weßhalb eben die Frage über die Einrichtung des Verfahrens nicht gleichbedeutend oder auch nur wesentlich zusammenhängend ist mit derjenigen über die Einführung der Geschwornen, vielmehr beide Fragen scharf von einander zu trennen und selbstständig zu behandeln sind. Bei diesem Standpunkte der Untersuchung bleibt daher hier das Verfahren, resp. dessen größere oder geringere Oeffentlichkeit und Mündlichkeit zur Seite und wird nur geprüft werden, ob, nachdem man dem Strafverfahren eine beliebige neue Einrichtung gegeben, dann dazu und daneben auch noch die Einführung der Geschwornen als urtheilender Richter erforderlich und gerechtfertigt gewesen sei. Um noch klarer und bestimmter den eigentlichen Streitgegenstand zu bezeichnen, würde derselbe bloß darin bestehen, ob das neue Verfahren in dem Cantone Zürich, welches Verfahren man übrigens ganz nach Belieben, ganz nach dem Gesetze betreffend das Strafverfahren vom 30. Herbstmonat 1852 gestalten mochte, nicht an das vorhandene Criminal- und Obergericht habe angelehnt werden können, — ob das Criminal- und Obergericht als urtheilendes Gericht nicht den Geschwornen vorzuziehen gewesen sei. Es vereinfacht außerordentlich die Sache, wenn dieselbe sich darauf beschränkt, daß man sagt, das Verfahren möge ganz nach Wohlgefallen geordnet werden, einzig verbitte man sich Geschworne als urtheilende Richter und wünsche dafür ein beständiges Gericht Gegen die Behauptung, daß das öffentliche und mündliche Strafverfahren, auch in dem ausgedehntesten Umfange, ohne Geschworne durchgeführt werden könne, wird nicht etwa eingewandt werden wollen, daß Geschworne ohne ein öffentliches und mündliches Verfahren nicht wohl wirksam sein können. Einmal ist an sich, wie oft auch schon das Gegentheil gesagt und gedruckt worden ist, es gar nicht wahr, daß nur nach öffentlicher und mündlicher Verhandlung die Geschwornen ihren Wahrspruch über die Schuld oder Nichtschuld abgeben können. Was die Oeffentlichkeit angeht, so lassen alle Gesetz-

gebungen oder Rechte, welche im Allgemeinen die Geschwornen als öffentlich entscheidendes Gericht anerkennen, in gewissen Ausnahmsfällen geschlossene oder geheime Sitzungen derselben zu, wobei die Bedingungen der Ausnahme völlig gleichgültig sind und es daran genügt, daß die Schwurgerichtsverhandlungen nicht nothwendig öffentlich sein müssen, sondern auch heimlich stattfinden können. So wenig es in dem Begriffe oder Wesen des Geschwornengerichtes liegt, ein öffentliches zu sein, eben so wenig und noch weit weniger muß das sonst vor ihm erfolgende Verfahren ein mündliches sein, indem es sehr leicht ausführbar ist, daß zwölf Geschworne ganz so ausgelooset werden, wie es z. B. das neue Gesetz des Cantons Zürich vorschreibt, hierauf mit einander die vorzulegenden vollständigen Untersuchungsacten lesen und nach dieser Durchlesung auf die unbeschränkteste Weise ihr Urtheil über Schuld oder Nichtschuld finden und eröffnen. Daß mit dem Geschwornengerichte auch das schriftliche Verfahren vereinbar sei, konnte und kann man übrigens schon in jeder Sitzung des zürcherischen Schwurgerichtes sehen, indem die Verhandlungen weit davon entfernt sind, ausschließlich mündlich zu sein, sondern in beinahe jedem einzelnen Falle eine mehr oder minder große Anzahl der vorhandenen Acten den Geschwornen vorgelesen und zum weitern Nachlesen bei Findung ihres Wahrspruches mit in das Berathungszimmer gegeben werden. Zu den Actenstücken, welche den zürcherischen Geschwornen vorgelesen und in das Berathungszimmer mitgegeben zu werden pflegen, gehören vorzüglich die Leumundszeugnisse, — die Aussagen der wegen Absterbens, allzu großer Entfernung oder aus irgend einem andern Grunde nicht erschienenen Zeugen und Experten, — die Berichte der Untersuchungsbehörden über Haussuchungen, den Ort des Verbrechens u. s. w., — bedeutsame Briefe oder andere Urkunden, so daß zuweilen kleine Actenstöße sich bilden, welche die Geschwornen zwar lesen sollten, aber sicherlich nicht lesen. Wie eitel und hinfällig die Theorie und das darnach eingerichtete Gesetz über das vor

den Geschwornen zu beobachtende rein mündliche Verfahren sei, mochte jeder Unbefangene aber am meisten in dem am 2. März 1854 vor dem Schwurgerichte zu Winterthur wegen Münzfälschung verhandelten Stapfer'schen Falle erkennen. Stapfer war schon im Jahr 1843 wegen Münzfälschung in Untersuchung gestanden und durch einstimmiges Urtheil des damaligen Criminalgerichtes vom 16. Januar 1844 nach dem Antrage der Staatsanwaltschaft nicht schuldig, sondern für verdächtig erklärt und daher von der Instanz entlassen worden. Gegen Ende des Jahres 1853 trat nun ein gewisser Roth, welcher durch Urtheil des Obergerichtes in Bern vom 7. Weinmonat 1835 in Folge einer gegen eine Falschmünzergesellschaft geführten Untersuchung als thätiger Mitgehülfe zu drei Jahren Zuchthaus, — ferner durch Urtheil desselben Obergerichtes vom 31. Mai 1838 wegen Ausgebens von falschem Geld zu anderthalb Jahr Zuchthaus und endlich durch Urtheil dieses Gerichtes vom 30. Januar 1841 wieder wegen Ausgebens von falschem Gelde zu eilf Jahren Kettenstrafe verurtheilt worden war, gegen Stapfer mit der Anschuldigung auf, daß derselbe in den Jahren 1837—1839 falsche schweizerische Münzen geprägt und besonders durch und mit ihm (Roth) ausgegeben habe, weßhalb nunmehr die frühere Untersuchung gegen Stapfer wieder aufgenommen und Stapfer vor dem Schwurgerichte sodann der Münzfälschung angeklagt wurde. Vor den Geschwornen wurde die Anklage hauptsächlich damit begründet, daß der Staatsanwalt zunächst aus der Stapfer'schen Untersuchung vom Jahr 1843 die nach seiner Ansicht beweisenden Actenstücke, besonders Zeugeneinvernahmen, vorlas und ebenso aus den gegen Roth ergangenen Urtheilen, was damals Roth und Stapfer über ihre gegenseitigen Verbindungen und Verkehr angegeben hatten. An unmittelbaren Beweismitteln war nur noch den Geschwornen vorzubringen eine bei Stapfer auch schon im Jahr 1843 hinweggenommene Presse und Walze, so wie der darüber als Experte in jenem Jahre gehörte Münzmeister. Der Vertheidiger des Stapfer mußte zur Widerlegung der Anklage auch noch einige

Actenstücke, namentlich den damaligen Expertenbericht des Münzmeisters und das Urtheil des Criminalgerichtes vom 16. Januar 1844 den Geschwornen verlesen und suchte die Ansicht zu begründen, daß die Geschwornen sich auf den Standpunkt des Criminalgerichtes, welches die sämmtlichen Untersuchungsacten gelesen und doch nach sorgfältiger Prüfung derselben mit der Staatsanwaltschaft den Schuldbeweis nicht geführt betrachtet hatte, zurückzuversetzen und einzig sich zu fragen haben, inwiefern die zu jenen Untersuchungsacten und den darin enthaltenen Verdachtsgründen einzig neu hinzugekommenen Angaben des unglaubwürdigen Roth sie zur Schuldigerklärung bestimmen können. Der Präsident des Schwurgerichtes machte in seiner Belehrung die Geschwornen auf das Eigenthümliche des Falles, daß in Folge des langen Zeitablaufes die Zeugen selbst nicht mehr haben vorgeführt werden können, nachdrücklich aufmerksam und hob, wie er bemerkte zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten, hervor, wie behutsam die Aussagen des Roth aufgenommen werden müssen. Die Geschwornen zogen sich mit einem wahren Actenstoße in ihr Berathungszimmer zurück und erklärten nach kaum zehn Minuten, in welchen sie die Acten auch nicht einmal flüchtig hatten überblicken können, den Stapfer, den sie dabei jedoch zur Begnadigung gemäß des durch § 274 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren ihnen eingeräumten Rechtes dem Großen Rathe empfahlen, schuldig. Das Verfahren, wornach diese Schuldigerklärung erfolgte, darf als ein höchst bedenkliches, weder schriftliches noch mündliches bezeichnet werden und es ist Sorge zu tragen, daß es nicht weiter eintrete. Hier soll dieser Stapfer'sche Proceß indessen nur bestätigen, daß das Schwurgericht mit dem mündlichen Verfahren nicht unauflöslich zusammenhänge, sondern dem mündlichen und schriftlichen Verfahren angepaßt zu werden vermöge. Das eigentliche Wesen des Geschwornengerichtes besteht nicht in dem davon unabhängigen Verfahren, sondern einzig in dem urtheilenden Gerichte oder darin, daß eine gewisse Zahl (gewöhnlich zwölf)

Menschen in jedem einzelnen Falle gewählt werden, um an der Stelle des Volkes oder als Volksgericht nach angehörten mündlichen Verhandlungen oder nach gelesenen Untersuchungsacten mit dem freiesten Ermessen oder nur in Bezugnahme auf ihr Gewissen, auf den abgelegten Eid, sich über das Schuldig oder Nichtschuldig des Angeklagten unabänderlich (inappellabel) auszusprechen. Die Unabänderlichkeit des Wahrspruches der Geschwornen oder die Unmöglichkeit, gegen diesen Wahrspruch an ein höheres Gericht zu appelliren, folgt aus dem innersten Wesen des Schwurgerichtes, indem das durch dasselbe vertretene ganze Volk ja nur ein Mal das Wahre finden und aussprechen, es nur **einen** wahren Volksspruch geben kann. Daß ein solches Volksgericht einem jeden anders bestellten Gerichte vorzuziehen und somit das letztere, wo es noch vorhanden, durch das erstere zu ersetzen sei, wird bezweifelt. Wenn übrigens selbst zugestanden werden müßte, daß das Schwurgericht nicht ohne ein öffentliches und mündliches Verfahren eingerichtet werden könne, wird sodann doch wenigstens nicht geläugnet werden, daß das öffentliche und mündliche Strafverfahren, welches allerdings überall bestehen sollte, als einen wesentlichen Bestandtheil das Schwurgericht nicht in sich begreife, weßhalb es möglich ist, für das öffentliche und mündliche Strafverfahren und gegen das Schwurgericht zu sein und zu stimmen.

2. In einem freien Staate wie der Canton Zürich kann das Schwurgericht zum Schutze oder als eine Bürgschaft der Freiheit nicht gefordert werden.

In den monarchischen Staaten, in denen sonst der Monarch oder dessen Regierung die Richter ernennt und daher die letztern mehr oder weniger von jenen abhängig sind, kann man die Geschwornen wünschen als von dem Volke erwählte und von dem Monarchen oder der Regierung unabhängige Richter, — kann man glauben und hoffen, durch solche Geschworne eher und sicherer gerecht beurtheilt zu werden als durch die beständigen oder staatlichen Richter. Darin liegt der nächste, wenn nicht einzige Grund, weßhalb in Monarchieen

die Opposition, der Liberalismus, die Volkspartei das Schwurgericht mit in das Feldgeschrei aufgenommen oder zu einer ihrer ersten Forderungen an den Monarchen gemacht hat. Wissenschaftlicher und historischer betrachtet, ist seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts in Frankreich und in den deutschen Staaten nach dem Vorbilde Englands und seiner Constitution die Theorie der sog. constitutionellen Monarchie aufgekommen und ausgebildet, so wie in den Constitutionen Frankreichs, Spaniens, Portugals, der italienischen und der deutschen Staaten u. s. w. zur Anwendung gebracht worden, und zu dieser Theorie der constitutionellen Monarchie, zu dem Staatsrechte der constitutionellen Monarchie gehört es, Anklage- und Urtheilsgeschworne zum Schutze der staatsbürgerlichen Freiheit gegen die monarchische Willkür und Uebermacht zu verlangen. Die Theorie des constitutionellen Staatsrechtes und demnach auch die verschiedenen versuchten Staatsconstitutionen setzen im Interesse der individuellen oder persönlichen Sicherheit zunächst die formellen und materiellen Bedingungen der Verhaftung eines Staatsbürgers fest. Die materielle Bedingung faßte man dahin, daß Niemand verhaftet werden dürfe, als in den durch das Gesetz bestimmten Fällen [1]), und war auch dabei durch den Hinblick auf die bekannte englische Habeas-corpus-Acte geleitet. Wie man sodann die Formen überhaupt als die besten Schutzmittel gegen die Willkür betrachtete [2]), drang man auch mit besonderm Nachdrucke

---

[1]) Die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern vom 26. Mai 1818, Tit. IV, § 8 z. B. bestimmt: „Niemand darf verfolgt oder verhaftet werden, als in den durch die Gesetze bestimmten Fällen, und in der gesetzlichen Form." — Aehnliche Bestimmungen enthalten alle übrigen Verfassungsurkunden.

[2]) *Benjamin Constant*, cours de politique constitutionelle, Thl. I, S. 302, sagt in dieser Beziehung: »Ce qui préserve de l'arbitraire, c'est l'observance des formes. Les formes sont les divinités tutélaires des associations humaines, les formes sont

darauf, daß genaue Formen der Verhaftung zur möglichen Verhütung ungerechter Verhaftungen vorgeschrieben werden, und sprach in den Verfassungsurkunden zugleich aus, daß die Verhaftung nur in der gesetzlichen Form geschehen dürfe [1]) Unter den dießfälligen Formen erachteten Viele, z. B. Aretin, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, Bd. II, Abtheilung I (Altenburg 1827), S. 16, die Einführung der Grand-jury, oder des Anklagegeschwornengerichts, weil sie zur Erhaltung der individuellen Freiheit am meisten beitrage, als unumgänglich erforderlich, jedoch mit Unrecht. Selbst in England ist man neuerlich darüber einverstanden [2]), daß die geheim, sehr kurz und leichtsinnig [3]), ohne Zuzug und Anhörung des Angeschuldigten handelnden, resp. verhörenden und entscheidenden Anklagegeschwornen, die große Jury, nichts taugen und je eher je besser abgeschafft werden müssen, weil sie gegen falsche Anklagen nicht nur keinen hinreichenden Schutz gewähren,

---

les protectrices de l'innocence, les formes sont les seules relations des hommes entre eux. Tout est obscur d'ailleurs, tout est livré à la conscience solitaire, à l'opinion vacillante. Les formes seules sont en évidence. *C'est aux formes seules, que l'opprimé peut en appeler.*«

[1]) Art. 9 der zürcherischen Staatsverfassung ist gleichfalls den dießfälligen Lehren des constitutionellen Staatsrechtes entflossen: „Die persönliche Freiheit jedes Bewohners des Cantons ist gewährleistet. Ein jeder, der in Untersuchungsverhaft gesetzt wird, soll innerhalb einer durch das Gesetz zu bestimmenden Zeitfrist vernommen und vor seinen ordentlichen Richter gestellt werden. Die Bedingungen der Verhaftung, so wie der Entlassung mit oder ohne Caution, wird das Gesetz bestimmen“

[2]) Mittermaier, das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, S. 278 ff.

[3]) In einer einzigen Stunde werden oft zwanzig bis dreißig Fälle von ihnen abgethan!!! Mittermaier, a. a. O., S. 275.

sondern vielfach und leicht von Privatanklägern dazu mißbraucht werden. Dem Cantone Zürich hat man deßhalb dieses englische Geschenk doch nicht aufzudringen gewagt. Gegen ein Anklageschwurgericht möchte, ganz abgesehen von der mangelhaften englischen Einrichtung desselben, unter allen Umständen der Haupteinwand zu erheben sein, daß, wenn die Anklagegeschwornen einen zuverlässigen und gerechten Ausspruch über die Zulassung oder Nichtzulassung einer gestellten Anklage sollten thun können, die Anklage und die (jetzt in England und Amerika gänzlich ausgeschlossene) Vertheidigung eben so umfassend und erschöpfend geführt werden müßten, als dieses vor den Urtheilsgeschwornen, der sog. Kleinen Jury, geschieht, so daß in der That und Wahrheit die Anklage- und Urtheilsjury zusammenfiele, d. h. die Urtheilsjury neben der Anklagejury als durchaus überflüssig und geradezu unmöglich nicht mehr bestehen könnte. Nur weil die Anklagejury in England ein leerer Schein ist, eine bloße Formsache, kann dann die Anklage vor der Urtheilsjury, wo die ernstliche Prüfung derselben erst beginnt und erfolgt, noch (nochmals) gestellt werden. Nach geschlossener Voruntersuchung, worin dem Angeschuldigten volle Gelegenheit zur Vertheidigung gegeben sein muß, sollte daher jedenfalls ein beständiges Gericht, und entgegen der Theorie des constitutionellen Staatsrechtes kein Schwurgericht, über die Zulassung oder Verwerfung einer gestellten Anklage entscheiden, in der Weise, daß einerseits das Gericht nicht an die Anträge des Anklagenden gebunden ist und dieselben beliebig verändern, beschränken und ausdehnen darf, andererseits aber gegen die Beschlüsse des Anklagegerichtes sowohl dem Anklagenden, Staatsanwaltschaft und Geschädigten, als dem Angeschuldigten ein aufschiebendes Rechtsmittel an ein höheres Gericht eingeräumt wird. Schon bei dieser Gelegenheit mögen indessen noch einige mehr allgemeine Bemerkungen gestattet werden.

Im Jahr 1854 sollte man, wenigstens in den freien Cantonen der Schweiz, doch endlich einmal die hergebrachten Phrasen besonders der französischen und deutschen Constitutionellen oder Liberalen ablegen

und also in jedem stehenden Richter nicht grundsätzlich einen Richter ohne gesunden Menschenverstand, ohne Redlichkeit und Selbstständigkeit erblicken, der daher nicht allseitig und vollständig genug beseitigt werden könne. Hätte man einmal wieder zu den stehenden Richtern größeres Vertrauen, wie sie es unbedingt verdienen, und würde man ihnen nur eben so viel Verstand, Redlichkeit und Selbstständigkeit als den ersten besten durch das Loos oder den Zufall zusammengeworfenen Menschen beilegen, die Geschwornen würden niemals eingeführt und gewiß bald wieder aufgehoben worden sein. Für alle jetzigen und frühern Richter des Cantons Zürich, zumal aber für die Mitglieder des Criminal- und Obergerichtes, ist es im höchsten Grade verletzend, die niedrigen Schmeicheleien und lächerlichen Anspielungen auf den gesunden Menschenverstand, den Scharfsinn und die Gerechtigkeit der jetzigen Geschwornen zu vernehmen, gleich als ob früher in den Gerichten nur der Unverstand, Blödsinn und die Ungerechtigkeit gewaltet hätten. Die Richter aller Staaten und vorzüglich die Richter des Cantons Zürich dürfen in der Gegenwart an Verstand, Einsicht und Unparteilichkeit mindestens den gewöhnlichen Geschwornen zur Seite gestellt werden, daher dieser Eigenschaften wegen die letztern gewiß den erstern nicht vorzuziehen sind. Sollte indessen der Vorzug der Geschwornen gerade darin gefunden werden, von dem Rechte und den Gesetzen Nichts zu verstehen, besaßen auch diese Eigenschaft mitunter schon die frühern Richter und ihre Zahl konnte nach Bedürfniß ohne die Hülfe der Geschwornen vermehrt werden.

Bei den Uebertragungen fremder Einrichtungen sollte ferner stets wohl erwogen werden, daß zwar die Form an sich, nicht auch der Geist, der dieselbe geschaffen und getragen hat, verpflanzt zu werden vermag, und daher die gleiche Form, welche im heimischen Boden und Leben segnend wirkt, im fremden Lande leicht absterben und Verderben bringen kann. Seit vier Jahrzehnten verpflanzt man die englische Constitution in die europäischen Continentalstaaten und so

erfolglos, daß gewiß kein denkender Mann mehr die Freiheit des Volkes und das Wohl des Staates durch eine Constitution gesichert glauben oder erstreben wird. Louis Napoleon und außerdem vorzüglich Preußen haben bewiesen, wie haltlos solche Constitutionen stehen und fallen, und wie schaal alle Theorieen des constitutionellen Staatsrechtes über die Trennung und Gestaltung der Staatsgewalten, so wie über die Bürgschaften der bürgerlichen Freiheiten seien. Die Toaste und Schwärmereien gewisser Leute über die Wurzeln, welche das neue Geschwornenverfahren in dem Canton Zürich schon geschlagen haben soll, erinnern unwillkürlich an die Wurzeln jener Constitutionen, die ein kurzer Sturm, eine einzige Nacht zusammengestürzt hat! Wenn die Geschichte wirklich die Lehrerin der Menschen wäre, müßte die Geschichte der neuern Staatsconstitutionen unsern Gesetzgebern die Einführung des englischen Geschwornengerichtes abgerathen haben. Das Leben eines Volkes oder Staates ist ein untheilbares und deßhalb auch unübertragbares. Die englische Verfassung und das englische Geschwornenverfahren bestehen keineswegs allein aus den unmittelbar darauf bezüglichen Gesetzen oder Rechtsübungen, sondern ruhen wesentlich zugleich auf allen übrigen Gesetzen, Uebungen und Einrichtungen des Landes, haben ihr eigentliches Dasein in dem ungeschriebenen und nicht zu beschreibenden gesammten Denken und Handeln des englischen Volkes. Sollen daher englische Einrichtungen lebendig übertragen werden, muß das Volk selbst die Einrichtung begleiten und übertragen, wie es in den nordamerikanischen Freistaaten geschehen; ohne das begleitende Volksleben wird man nur todte Gesetze besitzen. Sobald die politische Zeitrichtung, welche die Geschwornengerichte aus England nach dem Festlande Europa's holen hieß, geändert und verweht ist, werden und müssen die Geschwornengerichte dahinfallen. Diese prophetische Ueberzeugung wird Jeder gewinnen, der nur in dem Cantone Zürich mit Aufmerksamkeit die Einführung des Geschwornengerichtes beobachtet hat und beobachtet. Nicht von selbst und allmälig,

nicht im Laufe von Jahrhunderten wie in England, nicht organisch ist das Schwurgericht aus dem Leben des zürcherischen Volkes hervorgegangen; sondern urplötzlich und mit einem einzigen Zuge oder Gesetze wird das Schwurgericht dem Volke auferlegt, weil gewisse Tagespolitiker [1]) lehren und einige Führer der jetzt herrschenden politischen Partei dieser Lehre beigetreten sind, daß in peinlichen Sachen über Schuld oder Nichtschuld ein Geschwornengericht erkennen solle. Das Geschwornengericht ist also in dem Cantone Zürich durchaus nur eine Schöpfung der eben herrschenden politischen Ansichten und Partei, hat darin ihre alleinige Stütze und wird wanken und sinken, wenn jene politischen Ansichten ihre Geltung oder die sie bekennende Partei die Herrschaft verlieren. Die Politik hat das Schwurgericht gebracht und wird es wieder mit sich hinwegnehmen. Es ist dabei zu verwundern, daß die politische Lehre des Tages nur zur Hälfte, d. h. hinsichtlich des Urtheilsschwurgerichts und nicht auch hinsichtlich des Anklage- oder Untersuchungsschwurgerichtes Eingang gefunden hat [2]), da doch auch das letztere als »*les gardiens légitimes du peuple anglais contre les persécutions*« [3]), oder als »*un des plus beaux priviléges de la nation anglaise, et le boulevard le plus fort de ses libertés*« [4]) gerühmt worden ist.

---

[1]) Vergl. z. B. Aretin, a. o. a. O., S. 216.

[2]) Untersuchungsschwurgericht darf mit dem vollsten Rechte die Anklagejury genannt werden, weil die Geschwornen selbst den Ankläger und die von ihm beigebrachten Zeugen und Urkunden einvernehmen. Der Angeschuldigte oder Zeugen zu seinen Gunsten werden nicht einvernommen, obwohl dafür einzelne englische Schriftsteller, z. B. Phillips sich ausgesprochen haben. Vergl. *Comte*, des pouvoirs et des obligations des jurys, ouvrage traduit de l'Anglais de Sir Richard *Phillips*, Paris 1834, p. 363.

[3]) Comte, a. a. O., S. 349.

[4]) ibid. S. 356.

Das Urtheilsschwurgericht, um an dieses nunmehr wieder bestimmter anzuschließen, betrachten ziemlich übereinstimmend die englischen, französischen und deutschen Schriftsteller über die constitutionelle Monarchie als eine für diese unentbehrliche Schutzwehr gegen die Uebergriffe der monarchischen Gewalt. Aretin z. B., a. o. a. O., I. 1, S. 244, oder vielmehr Rotteck, welcher Aretins Werk vollendete, nennt das Geschwornengericht „die trefflichste Verwahrung der Justiz gegen die Dictate der Macht"; die Geschwornen leisten nach ihm „die vollständigste Gewähr, daß das Recht von der Macht nicht werde dictirt werden, denn sie, machtlos und bloß urtheilsfähig, dictiren es der Macht zur Vollstreckung; die Macht wird sonach wahrhaft die Dienerin des Rechts." — Der große englische Geschichtschreiber Hume nannte die von König Alfred eingesetzte Jury die am besten berechnete Einrichtung von allen, welche der menschliche Scharfsinn zur Erhaltung der Freiheit und des Rechts erfunden habe. — *Bérenger*, de la justice criminelle, chap. 2, spricht: »Dans un état constitutionnel sagement réglé, l'institution du jury *est le complément des lois fondamentales, et la garantie de toutes les libertés.*« — Comte, in den von ihm der Uebersetzung des schon angeführten Werkes von Phillips vorausgesandten Betrachtungen über das Geschwornengericht in Frankreich, England und den nordamerikanischen Freistaaten, bezeichnet S. 99 das Geschwornengericht als »*un des remèdes les plus efficaces contre la tyrannie des gouvernans, et surtout contre les maux qui pouvaient résulter de la nomination des officiers de l'ordre judiciaire par le pouvoir exécutif*«. Derselbe Comte meint an einer andern Stelle (S. 97): »L'objet principal de l'institution du jury a été *de soustraire à l'arbitraire du pouvoir exécutif les personnes et les propriétés.*« — Zachariä, 40 Bücher vom Staate, II. Bd. (Stuttgart und Tübingen 1820) stellt in seiner Lehre von der Einherrschaft mit einer Volksvertretung oder vom einherrschaftlichen Freistaate, d. h. der constitutionellen Monarchie, für

diese auch den Grundsatz auf, daß die richterliche Gewalt eine beson- dere und selbstständige sei; mit andern Worten, daß die Ausübung derselben weder dem Reichstage noch den Beamten der vollziehenden Gewalt, sondern besondern Behörden zu übertragen sei und die Mitglieder dieser Behörden sowohl für ihre Person, als in ihrem Geschäftskreise unabhängig sein müssen. Aus diesem Grundsatze zieht Zachariä sodann die unmittelbare Folgerung, daß das Urtheil über die Thatsache durch Geschworne zu fällen sei, d. h. durch Männer, die für eine jede einzelne Rechtssache aus dem Volke gewählt und, wohl und getreulich zu urtheilen, vereidet werden (a. a. O. S. 272).

Doch man wird ohne weitere Mittheilungen der Ansichten und Aussprüche der Schriftsteller wohl zugestehen, daß dem Geschwornen- gericht eine doppelte Bedeutung, eine politische als Schutzwehr gegen die monarchische Willkür und eine rein rechtliche als eine der ver- schiedenen möglichen Einrichtungsweisen des Strafgerichtes beigelegt werden könne und daß nach dem Zeugnisse der Geschichte es vorzüglich die erstere Bedeutung sei, welche dem Geschwornengericht die Zuneigung des englischen Volkes erworben, so wie bei den andern monarchischen Völkern Europa's den Wunsch nach demselben erregt habe. Sehr wahr äußert sich Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, Gießen 1845, S. 550 in dieser Rücksicht dahin: „Weniger die innere Vortrefflichkeit des Instituts, als der Umstand, daß dasselbe zu einer Zeit, wo die Gerichte von der Regierungsgewalt nicht unab- hängig waren und von den Königen zur Uebung des Unrechts mißbraucht wurden, ein Palladium der individuellen Freiheit war, hat ihm die Liebe des Volkes erhalten. Wenn die Jury sogar in der Form, die man ihr in Frankreich gegeben hat, wo das Urtheil der Geschwornen nicht einmal durch Regeln (rules of evidence) gebunden ist, also die bloße Majorität einer aus rechtsunkundigen Männern bestehenden Ver- sammlung nach moralischer Ueberzeugung, die oft weiter nichts als ein unbestimmtes Gefühl ist, über Schuld oder Nichtschuld entscheiden

soll, den Beifall des Volkes gewonnen hat; so kann es dieß nur dem Schrecken vor einem heimlichen Inquisitionsverfahren und dem Umstande verdanken, daß es in einem mangelhaft organisirten Staate einer schlechten, ungerechten Regierung gegenüber ein politischer Behelf zum Schutz der individuellen Freiheit ist. Unmöglich kann es den Vertheidigern der Geschwornengerichte zugegeben werden, daß der allgemeine und gesunde Menschenverstand sicherer und treffender über die, der Anschauung nicht unmittelbar gegebene, sondern durch Schlußfolgerung zu erkennende That zu urtheilen vermöge, als der wissenschaftlich gebildete." — Die letztere Bemerkung Schmitthenners wird diese Abhandlung rechtfertigen. Vorläufig wird jedoch für den Kanton Zürich bloß das Zugeständniß verlangt, daß derselbe so frei und wohl in seiner Strafrechtspflege seit längern Zeiten, und besonders durch das Gesetz über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831 in Verbindung mit der ihm vorausgegangenen Verfassung vom 10. März 1831, eingerichtet gewesen sei, daß für ihn das Geschwornengericht einen politischen Werth nicht ansprechen dürfe, — daß man unbedingt und ohne alle Einschränkung behaupten könne, hier habe es des Geschwornengerichtes nicht bedurft, um die Willkür und das Unrecht zu beschränken und die Volksfreiheit gegen abhängige Richter zu schützen. Nicht als Schutzwehr gegen die längst verbannte Willkür der Regierung und der durch sie nicht einzusetzenden, sondern einzig von dem Volke in gewissen Zwischenräumen zu erwählenden Gerichte kann in dem Canton Zürich das Geschwornengericht eingeführt worden sein, vielmehr allein in dem Werthe des Geschwornengerichtes als urtheilenden Gerichtes, als Rechtsanstalt kann und muß hier dessen Rechtfertigung enthalten sein. Der Streit über die Wünschbarkeit oder Nichtwünschbarkeit des Geschwornengerichtes für den Canton Zürich vereinfacht sich daher insofern sehr, als dabei alle politischen Rücksichten ausgeschlossen bleiben und das Geschwornengericht aus dem rechtlichen Gesichtspunkte einzig zu betrachten ist, bloß darnach entweder zu billigen oder zu

verwerfen sein muß. Um sich übrigens in den Stand zu setzen, über das Geschwornengericht als politische Anstalt gleichfalls ein begründetes Urtheil fällen zu können, verdient noch hervorgehoben zu werden, daß gerade die englische Geschichte bis zum Ende des siebzehnten Jahrhunderts und vornehmlich in der Zeit von König Heinrich VIII. bis Jakob II. beweist, daß das Geschwornengericht für sich allein durchaus keine Schutzwehr der bürgerlichen Freiheit zu sein vermöge, sondern auch mit demselben und durch dasselbe das größte Unrecht und die höchste Willkür geübt werden könne [1]). Mit dem Geschwornengerichte oder trotz desselben war es dem Richter Jeffries möglich, sich für alle Zeiten berüchtigt zu machen; was er und andere ähnliche Richter geboten, mußten die Geschwornen als ihren Wahrspruch eröffnen. Der Hinblick auf diese trüben Zeiten der englischen Geschichte entlockt sogar Mittermaier das Bekenntniß, daß bei Rechtseinrichtungen es nicht auf bloße Formen, sondern auf den Geist ankomme, der das Institut belebt [2]). Die Vertheidiger des Geschwornengerichtes hüten sich sehr zu erwähnen, wie wenig in England bis zum Ende des siebzehnten Jahrhunderts das Geschwornengericht die Freiheit zu schützen und zu erhalten im Stande gewesen sei, daß es nicht sowohl das Geschwornengericht als der mit dem achtzehnten Jahrhundert erwachende und erstarkende allgemeine Geist der Freiheit und des Rechts gewesen sei, welcher England die Freiheit gebracht, seine Verfassung und sein Geschwornengericht gekräftigt habe. In England ist das Geschwornengericht erst durch die Freiheit des Volkes auch frei geworden; anderwärts soll das Geschwornengericht nun dem Volke die Freiheit verleihen und sichern.

3. Die Geschwornen entscheiden nicht bloß die Thatfragen, sondern wesentlich auch **die Rechtsfragen.**

Wie allgemein bis jetzt auch die Ansicht und die Behauptung

---

1) Mittermaier, a. a. O., S. 7 ff.
2) A. a. O., S. 9.

verbreitet war, daß die Einrichtung des Geschwornengerichtes auf einer Sonderung der Entscheidung über die Thatfrage von derjenigen über die Rechtsfrage beruhe und die Geschwornen nur über die Th a t, die rechtsgelehrten oder juristischen Richter über das darauf anzuwendende Recht zu erkennen haben: so unhaltbar und völlig unrichtig ist dieselbe, was im Cantone Zürich selbst die eifrigsten Vertreter des Geschwornengerichtes nicht in Abrede stellen werden und nach §§ 229, 244—251 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren unmöglich können. Diese Gesetzesbestimmungen, welche alle Aufmerksamkeit verdienen, bezeichnen die Stellung und die Aufgabe der Geschwornen also:

§ 229: „Alle Vor- und Zwischenfragen werden durch das Gericht ohne Mitwirkung der Geschwornen entschieden."

§ 244: „Der Präsident (des Schwurgerichtes) setzt den Geschwornen (nach Vollendung der Parteiverhandlungen) ihre Aufgabe aus einander, er zergliedert alle Merkmale des in Frage stehenden Verbrechens und kann damit eine geordnete Uebersicht der für und gegen den Angeklagten geleisteten Beweise verbinden. Endlich stellt er nach Anleitung der folgenden Artikel die von den Geschwornen zu beantwortenden Fragen."

§ 245: „Die Fragen sind so zu stellen, daß sie mit „„Ja"" oder „„Nein"" beantwortet werden können."

§ 246: „Bei einer Mehrzahl von Angeklagten müssen die Fragen für jeden einzelnen besonders gestellt werden. Ebenso wenn dem Angeklagten mehrere Verbrechen zur Last gelegt werden, sind die Fragen mit Beziehung auf die verschiedenen Anklagepunkte aus einander zu halten."

§ 247: „Die eingeklagte Handlung oder Unterlassung, **die Eigenschaft und Absicht des Handelnden** und die übrigen die Handlung begleitenden Umstände, ohne welche der Gattungsbegriff des Verbrechens gar nicht vorhanden wäre, sind in **eine** Frage zusammen zu fassen."

§ 248: „Dagegen ist jeder Umstand, welcher eine beson-

dere Art des Verbrechens, oder ein anderes Maximum oder Minimum der Strafe oder eine andere Strafart begründet (qualificirende Umstände), Gegenstand einer besondern Frage. Die Beantwortung solcher Fragen ist nur erforderlich, wenn der Angeklagte des Verbrechens überhaupt für schuldig erklärt worden ist."

§ 249: „Ueber das Vorhandensein von Verhältnissen, welche bloß auf die Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen Einfluß haben (allfällige Milderungs- und Schärfungsgründe), so wie darüber, ob die dem Angeklagten zur Last fallende Uebertretung besonders geringfügig oder besonders schwer sei, wird die Jury nicht befragt, auch wenn die Beantwortung der letztern Frage den Richter berechtigt, unter oder über das gesetzliche Minimum oder Maximum der Strafe hinaus zu gehen."

§ 250: „Eine eventuelle Anklage (§ 206) bildet den Gegenstand eventueller Fragen, welche nur beantwortet werden, wenn, mit Beziehung auf die Hauptklage, der Angeklagte für nicht schuldig erklärt worden ist."

§ 251: „Wenn der Vertheidiger behauptet, daß die Strafbarkeit der eingeklagten Handlung durch eines der in den § 46, Satz 2 [1]), §§ 63 [2])

---

[1]) Strafgesetzbuch § 46, Satz 2: „Ist der Thäter freiwillig von der Vollbringung abgestanden, so mag auch unter die gesetzliche Strafgrenze herabgegangen, überhaupt je mehr der Verbrecher durch bessere Ueberzeugung, nicht durch äußere Hindernisse oder Zufall, geleitet wurde und je früher er von der verbrecherischen Handlung abgelassen hat, desto mehr die Strafe gemildert werden, selbst gänzliche Straflosigkeit eintreten."

[2]) § 63: „Für die in diesem Gesetzbuche mit Strafe bedrohten Handlungen oder Unterlassungen können nicht bestraft werden:

a) Kinder, welche noch nicht über zwölf Jahre alt sind;
b) Rasende, Wahnsinnige und überhaupt solche Personen, die zu der Zeit, als die gesetzwidrige That von ihnen beschlossen und verübt wurde, des Gebrauches ihres Verstandes beraubt waren;

und 65 [1]) des Strafgesetzbuches aufgezählten Verhältnisse ausgeschlossen, oder daß die Handlung aus einem mildern Gesichtspunkte aufzufassen sei (§ 207 [2]), so ist hierüber eine besondere Frage an die Geschwornen zu richten."

---

c) solche, die wegen körperlicher Mängel völlig außer Stand waren, die Folgen ihrer Handlungen richtig zu beurtheilen oder deren Strafbarkeit einzusehen;

d) solche Personen, die in unüberwindlicher, schuldloser Unwissenheit die von ihnen ausgeführten rechtswidrigen Handlungen nach bürgerlichen Gesetzen für erlaubt gehalten hatten;

e) wer durch unwiderstehlichen Zwang zu einer sonst sträflichen Handlung genöthigt wurde;

f) Personen, welche die gesetzwidrige That in irgend einer unverschuldeten Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, worin sie sich ihrer Handlung oder deren Strafbarkeit nicht bewußt waren, beschlossen und verübten."

[1]) Strafgesetzbuch § 65: „Ebenso bleiben straflos Diejenigen, welche in Nothwehr, d. h. um unerlaubte Angriffe auf Personen oder Güter, durch die dem Angegriffenen ein bedeutender Nachtheil zugefügt worden wäre, von sich oder Andern abzuwenden, oder um gänzlichen Verlust schon entwendeter Güter zu verhindern, oder um sich der Person des Angreifers zu versichern, gegen den letztern eine sonst strafbare Handlung begehen, vorausgesetzt, daß wirklich, oder nach der Vorstellung des Thäters, obrigkeitliche Hülfe nicht vorhanden oder unzureichend und es überhaupt nicht möglich war, den angegebenen Zweck durch ein gelinderes Mittel zu erreichen."

[2]) Gesetz betreffend das Strafverfahren § 207: „Wenn eine Handlung von verschiedenen Gesichtspunkten aus als strafbar erscheinen kann, so ist in dem schwerern stillschweigend immer auch jeder leichtere Gesichtspunkt inbegriffen, und es müssen auf Verlangen des Anklägers oder Vertheidigers in diesem Sinne Fragen (an die Geschwornen) gestellt werden. Demnach liegt in der Anklage, daß Jemand in böser Absicht und mit Vorbedacht Urheber eines vollendeten Verbrechens geworden sei, stillschweigend auch die Anklage auf den Versuch, oder

§ 252: „Die in § 251 vorgeschriebenen Fragen können von dem Präsidenten auch von Amts wegen gestellt werden, und es können die Geschwornen selbst unbefragt einen Zusatz in diesem Sinne machen.“

Diese gesetzlichen Bestimmungen schließen jeden Zweifel darüber aus, daß die Geschwornen berufen seien, die Rechtsfragen im vollsten Sinne des Wortes zu entscheiden, so daß den rechtsgelehrten Richtern, dem Schwurgerichte, Nichts übrig bleibt, **als für die durch die Geschwornen aufgefundenen Verbrechen innerhalb der in dem Strafgesetzbuche gegebenen Grenzen die Strafe auszumessen und festzusetzen.** In der letztern Hinsicht verordnet auch ausdrücklich § 268 betreffend das Strafverfahren: „Das Gericht verhängt die gesetzliche Strafe und verfügt auch mit Beziehung auf Schadenersatz, Kosten und andere Nebenpunkte das Geeignete.“ — Der § 267 fügt gewissermaßen erläuternd bei, daß zur Herstellung von Umständen, welche auf das Strafmaß Einfluß haben, noch Bescheinigungen beigebracht, Zeugen abgehört und überhaupt Ergänzungen des Beweisverfahrens vorgenommen werden können und daß das Gericht die hierauf bezüglichen Verhandlungen auf einen spätern Zeitpunkt, z. B. auf den Schluß der ganzen Schwurgerichtssitzung zu verlegen befugt sei. Dieser Paragraph ist jedoch unzweckmäßig, rein unausführbar und daher seit dem Bestehen des neuen Gesetzes auch noch in keiner Weise angewandt oder nur anzuwenden versucht worden. Die gesammten Einrichtungen bringen es mit sich, daß unmittelbar an die Eröffnung des Wahrspruches der Geschwornen sich die Ausfällung der Strafe anreihe und jetzt nicht nochmals ein neues Beweisverfahren und neue lange Verhandlungen bloß über die-

---

auf Beihülfe, oder Begünstigung dieses Verbrechens, oder auf Verübung desselben in der Hitze der Leidenschaft, oder aus Fahrlässigkeit, oder ohne die auszeichnenden Umstände.“

jenigen Umstände beginnen, welche auf das Strafmaß Einfluß haben. Es müssen daher die drei Schwurrichter die Strafe auf Grundlage derselben Acten und Verhandlungen ausmessen, welche den Geschwornen bei der Findung ihres Urtheils vorgelegen haben. Daß dabei nicht selten sehr erhebliche Umstände unerörtert und außer Acht gelassen werden müssen, ist unvermeidlich und lehrt die tägliche Erfahrung; der Uebelstand ist nur dadurch zu heben, daß die Untersuchungsbehörden in der Voruntersuchung auch die auf das Strafmaß nur einwirkenden Umstände möglichst ermitteln und die Angeklagten bei ihrer Vertheidigung, resp. Beweisführung vor den Geschwornen dieselbe nach Thunlichkeit (eventuell) auch auf jene ausdehnen.

Der hergebrachte und hundertfach gedruckte Satz, daß die Geschwornen über die That und die Richter über das Recht entscheiden, ist als ein nur zu lange vererbter großer Irrthum völlig aufzugeben und nunmehr durch den andern Satz zu ersetzen, daß die Geschwornen auch über das Recht zu erkennen und bloß die Strafe nicht auszumessen, sondern das Letztere dem Schwurgerichte anheimzustellen haben. Es ist von äußerster Wichtigkeit, sich diesen Satz recht tief einzuprägen und nach allen Seiten klar zu machen, wenn man anders eine richtige Vorstellung von der Aufgabe und von der Möglichkeit oder Zweckmäßigkeit des Geschwornengerichtes erlangen will. Um die Stellung, welche den Geschwornen in dem Cantone Zürich angewiesen ist, eben so bestimmt als vollständig und zugleich Jedem verständlich zu bezeichnen, darf man sagen, daß die Geschwornen als urtheilendes Gericht ganz an die Stelle des frühern Criminalgerichtes getreten seien, mit der einzigen Ausnahme oder Beschränkung, daß die Geschwornen die verdiente Strafe nicht ganz genau, sondern nur im Allgemeinen in dem Ausspruche über die Art und Beschaffenheit des vorliegenden Verbrechens bestimmen. Ein Geschworner und das Geschwornengericht haben also in der That und Wahrheit die nämliche Aufgabe, welche früher ein Crimi-

nalrichter und das Criminalgericht hatten. Die Geschwornen und nur sie sollen darnach entscheiden, z. B. ob der Angeklagte Urheber, Gehülfe oder Begünstiger und ob derselbe zurechnungsfähig sei, — ob ein absichtliches oder fahrlässiges Verbrechen oder bloßer Zufall vorliege, — ob Nothwehr anzunehmen, — ob vollendetes Verbrechen oder nur naher oder entfernter Versuch, — ob Münzfälschung oder Münzvergehen dieser oder jener Art, — ob Nothzucht oder Schändung, — ob Mord oder Todtschlag, Tödtung bei einer Rauferei, Kindesmord, Verheimlichung der Niederkunft, Abtreibung der Leibesfrucht u. s. w., — ob Körperverletzung ersten, zweiten oder dritten Grades, — ob Raub, Erpressung oder Diebstahl, — ob Raub ersten, zweiten, dritten oder vierten Grades, — ob Diebstahl oder Unterschlagung, — ob ein einfacher oder ausgezeichneter Diebstahl, — ob Unterschlagung ersten oder zweiten Grades, — ob Brandstiftung ersten, zweiten, dritten oder vierten Grades, — ob einfacher oder ausgezeichneter Betrug, ob betrüglicher oder leichtsinniger Bankerott u. s. w., u. s. w. — Das Verfahren, welches dabei gegenüber den Geschwornen eingehalten wird und wodurch sie auf die zu treffende Entscheidung vorbereitet werden, verdient alle Aufmerksamkeit und ist nachfolgendes. Den zwölf Geschwornen, von denen keiner oder jedenfalls die Mehrzahl derselben auch nur die geringste Rechtskenntniß besitzt und die vielleicht alle jetzt der ersten gerichtlichen Verhandlung beiwohnen, wird zuerst nach § 230 [1]) des Gesetzes betreffend das Strafverfahren die ganz kurze und in Uebereinstimmung mit § 206 [2]) desselben Gesetzes abgefaßte

---

[1]) § 230: „Die Anklageschrift und der Ueberweisungsbeschluß der Anklagecommission wird durch den Gerichtsschreiber verlesen."

[2]) § 206: „Die Anklageschrift bezeichnet in Kürze, aber genau:

a) die Person des Angeklagten;

b) die Handlungen oder Unterlassungen, welche demselben zur Last gelegt werden, mit möglichst genauer Angabe von Zeit und Ort;

Anklageschrift der Staatsanwaltschaft und der Ueberweisungsbeschluß der Anklagecommission des Obergerichtes durch den Schwurgerichtsschreiber vorgelesen. Aus einer solchen schnell verlesenen Anklageschrift vernehmen nun die Geschwornen oder vernehmen es auch nicht, daß z. B. Zimmermann Conrad Keller von Marthalen [1]) von der Staatsanwaltschaft angeklagt wird, in rechtswidrigem Vorsatze am 6. December 1853 Abends zwischen 9—10 Uhr den nahe bei dem Hause des Oeler Spalinger zu Marthalen befindlichen Strohhaufen, welcher dem Hause des Spalinger das Feuer mittheilen konnte, angezündet zu haben, welcher Brand durch schnell herbeigeeilte Hülfe jedoch ohne größern Schaden wieder gelöscht werden konnte, — und somit zufolge der §§ 227, 228 und 230 des Strafgesetzbuches der Brandstiftung des zweiten Grades schuldig zu sein. Die betreffenden Gesetzesparagraphen werden dabei nicht verlesen und eben so wenig denkt man daran, den Geschwornen auch nur ein Strafgesetzbuch vorzulegen, damit sie darin die angerufenen Paragraphen nachlesen und etwas überdenken könnten. Niemand würde es für möglich halten und glauben, daß

c) die Eigenschaft und die Absicht, in welcher er gehandelt, und die übrigen Umstände, welche mit der Handlung oder Unterlassung verbunden waren, so weit dieselben zu dem gesetzlichen Thatbestande des Verbrechens gehören, mit Weglassung von bloßen Erschwerungs- oder Milderungsgründen;

d) die Gesetzesartikel, durch welche dieser Thatbestand mit Strafe bedroht ist.

Es sind weder Verdachtsgründe anzuführen, noch irgend welche Rechtserörterungen oder Geschichtserzählungen einzuflechten. Für den Fall der Verwerfung der Hauptanklage kann eine eventuelle Anklage erhoben werden, welche auf gleiche Weise abzufassen ist."

[1]) Der Fall ist am 1. März 1854 wirklich vor dem Schwurgericht zu Winterthur verhandelt worden.

man in einem vernünftigen Staate über die Uebertretungen des Strafgesetzbuches verhandeln und urtheilen lassen könne, **ohne nur den urtheilenden Richtern das Strafgesetzbuch zum Lesen zu geben**, und dennoch ist dieses jetzt die neueste Gesetzgebung und Strafrechtspflege des Cantons Zürich! Diese Herrschaft der vollständigsten Unvernunft nennt man sogar noch diejenige der allgemeinen Menschenvernunft, des gesunden Menschenverstandes. Wollte man durchaus einmal die jetzigen Einrichtungen, hätte man wenigstens darauf Bedacht nehmen sollen, den Geschwornen noch die möglichste Rechtskenntniß, Urtheilsfähigkeit, beizubringen. Dahin würde besonders und unumgänglich gehören, daß unmittelbar nach Vorlesung der Anklageschrift der Schwurgerichtspräsident den Geschwornen, von denen ein jeder das Strafgesetzbuch vor sich liegen haben muß, die zur Anwendung kommenden Gesetzesartikel vorzulesen und zu erklären habe, damit die Geschwornen doch wissen oder ahnen, welches einzelne Verbrechen zur Sprache komme oder kommen könne und welches der gesetzliche Thatbestand desselben sei. Mit einer derartigen im Anfange eines jeden Falles erhaltenen Belehrung könnten die Geschwornen die darauf folgenden Parteiverhandlungen und Beweisführungen etwas besser verstehen und prüfen, namentlich auch mit Beziehung auf die zum Thatbestande gehörenden Thatsachen die geeigneten Fragen stellen. § 235 [1]) des Gesetzes betreffend das Strafverfahren gestattet auch den Geschwornen, an jeden Zeugen beliebige Fragen zu richten, allein sie können von dieser Befugniß entweder gar keinen oder keinen rechten Gebrauch machen, wenn sie nicht schon im Augenblicke der Zeugeneinvernahme vollkommen

---

[1]) § 235: „Der Präsident hat das Recht, aus eigenem Antriebe oder auf Verlangen eines Richters oder Geschwornen Fragen an die Zeugen einzuschieben oder nachzuholen; den Richtern so wie den Geschwornen steht es zu, nach gänzlich vollendeter Einvernahme eines jeden Zeugen beliebige Fragen an denselben zu richten."

belehrt sind, worauf es ankomme, was hergestellt werden müsse, damit die Anklage als begründet erscheine. Die Belehrung des Schwurgerichtspräsidenten nach den geschlossenen Parteiverhandlungen und vor der Fragenstellung an die Geschwornen erfolgt zu spät und kann schon deßhalb nicht viel wirken. Die ausführliche Anklageacte mit Geschichtserzählung und Verdachtsbegründung, womit nach dem französischen Rechte die Schwurgerichtsverhandlungen durch den Staatsanwalt eröffnet werden, gewährt, wenn dieselbe auch in anderer Hinsicht getadelt werden kann, doch den Vortheil, daß dadurch die Geschwornen auf die kommenden Verhandlungen passend vorbereitet werden. Der Staatsanwalt, der Vertheidiger und die Mitglieder des Schwurgerichts haben vorher die Voruntersuchungsacten gelesen und wissen daraus, was bewiesen werden soll und kann, — sind im Stande, durch die geeigneten Fragen in die Beweisführung einzugreifen, und vermögen namentlich das Zusammengehörende sofort mit einander zu verbinden; die Geschwornen dagegen, welche nicht nur ohne alle Rechtsbildung sind, sondern auch von dem einzelnen Falle noch Nichts vernommen haben, sollen aus dem bloßen Anhören der Zeugenaussagen und der Parteivorträge sofort den ganzen Fall genau erfassen und darnach ihr Urtheil ausfällen. Der Unbefangene, der wahre Freund des Volkes und der Gerechtigkeit sollte sich hier fragen, ob nicht diese an die Geschwornen gestellten Anforderungen deren Fähigkeiten und Kräfte übersteigen, ob bei dem besten Willen den Geschwornen ein eigenes und gründliches Urtheil nicht unmöglich sei und dieselben nicht leicht irren und fehlen können. Um diese Frage zu beantworten, verfolge man z. B. den Gang der Verhandlungen des oben berührten Brandstiftungsfalles weiter.

Der Verlesung der kurzen Anklageschrift schloß sich die Einvernahme von etwa zehn zur Begründung der Anklage geladenen Zeugen durch den Staatsanwalt und den Vertheidiger an. Die Geschwornen stellten keine Fragen an die Zeugen und hätten es kaum gekonnt, da ihnen

noch unbekannt war, um welches Verbrechen es sich eigentlich handle. Nach geschlossener Zeugeneinvernahme und nach Verlesung einiger weniger Actenstücke, nämlich des Leumundszeugnisses und eines Berichtes des Gemeindeammannamtes über die Verhaftung des Keller, nahm zuerst der Staatsanwalt das Wort und suchte unter steter Hinweisung auf das Strafgesetzbuch darzuthun, daß Keller der vollendeten Brandstiftung zweiten Grades überwiesen sei. Die Vertheidigung war sodann wesentlich darauf gerichtet, auszuführen, daß Keller, wenn er schuldig sein sollte, bloß beabsichtigt habe, den Strohhaufen anzuzünden, ohne zu berücksichtigen, geschweige auch zu wollen, daß der Strohhaufen dem Wohnhause des Spalinger das Feuer mittheilen könne. In diesem Sinne beantragte der Vertheidiger die Stellung einer eventuellen Frage an die Geschwornen, welche Frage in sich begriff, daß nach § 232 des Strafgesetzbuches nur Brandstiftung vierten Grades vorliege. In der Replik und Duplik suchten der Staatsanwalt und der Vertheidiger mit allgemein wissenschaftlichen Gründen ihre abweichenden Ansichten weiter zu unterstützen, wobei namentlich auch der Unterschied zwischen absichtlicher und fahrlässiger Brandstiftung zur Sprache kam. Nunmehr begann der Schwurgerichtspräsident seine rechtliche Belehrung, indem er aus einander setzte, daß jedenfalls vollendete Brandstiftung vorliege, weil der Strohhaufen in hellen Brand versetzt worden und zum Theil verbrannt sei, wie denn auch in dieser Beziehung zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Vertheidiger kein Streit walte; die Streitfrage sei nur die, ob nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches Brandstiftung zweiten oder vierten Grades vorhanden sei. Dabei bemerkte der Schwurgerichtspräsident, daß er persönlich zwar große Bedenken trage, ob gemäß § 232, resp. § 230 des Strafgesetzbuches hier bloße Brandstiftung vierten Grades angenommen werden könne, da der Strohhaufen das Feuer doch dem Spalinger'schen Wohnhause habe mittheilen können, daß er aber dennoch in Uebereinstimmung mit den übrigen Schwurrichtern die darauf bezügliche eventuelle Frage zulasse und stelle,

den Geschwornen anheimgebend, was sie mit dem Strafgesetzbuche vereinbar erachten. Die Geschwornen, obgleich sie nicht einmal ein Strafgesetzbuch besaßen, mußten sonach entscheiden, ob eine Brandstiftung zweiten Grades, welche nach § 230 des Strafgesetzbuches mit sechsjährigem Zuchthause bis zwanzigjähriger Kettenstrafe bedroht ist, oder vierten Grades, welche nach § 232 nur mit Zuchthaus bis auf sechs Jahre bestraft wird, verübt worden sei, und sie erklärten sich nach einigem Zögern für die letztere. Der Fall bietet reichen Stoff zu allgemeinern Betrachtungen, von denen wenigstens einige hier schon Platz finden mögen.

A. Es war ein Grundirrthum der neuen Zeit, wie Biener in seiner vortrefflichen Abhandlung über die Einführung der Geschwornengerichte in England, Leipzig 1846, S. 52, Anm. 64 sich ausdrückt [1]), daß dem Geschwornengericht eine Trennung von Thatsache und Recht zu Grunde liege. Die Geschwornen haben eine rein juristische Aufgabe, insofern sie und nur sie zu entscheiden, zu beurtheilen haben, ob die Handlung dem Angeklagten als Verbrechen zuzurechnen sei und als welches Verbrechen; die Imputabilität (Culpabilität) und Qualification der That ist von den Geschwornen, und nur deren Strafe von dem Schwurgerichte zu bestimmen. Es muß daher als erste und in dem Cantone Zürich zugleich einzige Frage die juristische aufgeworfen werden, ob bei dem heutigen Standpunkte der Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung Nichtjuristen, den Geschwornen, mit Beruhigung und zum wirklichen Wohle des Volkes die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten und die Qualification seiner Handlung

[1]) Sehr lesenswerth ist in dieser Abhandlung auch, was Biener S. 58 ff. gegen die etwa seit der englischen Revolution von 1688 aufgekommene und besonders auch durch Blackstone und Montesquieu verbreitete Meinung sagt, daß das Geschwornengericht ein politisches Institut sei, daß es eine Schutzwehr der bürgerlichen Freiheit bilde.

übertragen werden könne. **Aus der vollsten Ueberzeugung** wird diese Frage verneint und es als eine für Freiheit und Recht höchst gefährliche Einrichtung erklärt, daß solche Rechtsfragen durch Nichtjuristen entschieden werden sollen, da sie diese schlechterdings nicht begreifen können. Weil das Strafrecht eine Wissenschaft geworden ist, kann auch nur Derjenige über strafrechtliche Gegenstände urtheilen, welcher diese Wissenschaft sich angeeignet hat. Es ist geradezu ein außerordentlicher Widersinn, eine kaum erklärliche Verirrung des menschlichen Geistes, daß man Fragen, deren Beantwortung dem Rechtsgelehrten große Mühe verursacht und nur von ihm erwartet werden kann, von Nichtrechtsgelehrten entschieden wissen will. Was kann ein Nichtrechtsgelehrter davon verstehen, was Vollendung, naher und entfernter Versuch des Verbrechens, — ein Urheber, Gehülfe oder Begünstiger, was einfacher oder ausgezeichneter Diebstahl u. s. w. sei, und wie sollte er hierüber sogar besser und richtiger urtheilen können als die Rechtsgelehrten? Wenn das Geschwornengericht für den Canton Zürich gerechtfertigt werden sollte, müßte nachgewiesen werden, daß diese strafrechtlichen Fragen besser und richtiger von Nichtrechtsgelehrten als von Rechtsgelehrten behandelt und entschieden werden, welchen Nachweis aber Niemand wird übernehmen wollen; so daß die Abschaffung des Geschwornengerichtes als eines durchaus untauglichen oder unfähigen Gerichtes und die Errichtung eines fähigen, d. h. rechtsgelehrten Gerichtes an seiner Stelle gefordert werden darf. Aus welchem Grunde soll in dem Cantone Zürich, wenn derselbe die nöthige Zahl rechtsgelehrter Strafrichter besitzt, nicht diesen die Ausübung der Strafrechtspflege anvertraut werden? Zu einem Richter sind zwei Haupteigenschaften nöthig, die Fähigkeit, ein gerechtes Urtheil ausfällen zu können, also Rechtskenntniß, und der Wille, es überall und ohne alle Nebenrücksichten zu thun, d. h. unerschütterliche Gerechtigkeitsliebe. Nun wird es in dem Cantone Zürich doch erreichbar sein, unter seinen Rechtsgelehrten

zwölf zu finden, welche an treuem und redlichem Willen, in Gerechtigkeitsliebe einem gewöhnlichen Geschwornen gleichstehen, und dann verdient dieses rechtsgelehrte Gericht vor einem Geschwornengericht unbedingt den Vorzug, weil es beide Haupteigenschaften eines guten Gerichtes, zu der Gerechtigkeitsliebe auch die Rechtskenntniß besitzt. Sobald nicht bestritten werden darf, daß in dem Cantone Zürich man ein Gericht aus gewissenhaften und redlichen Rechtsgelehrten zusammensetzen könne, muß man diese und nicht Nichtrechtsgelehrte zu Richtern erwählen. Für den Canton Zürich verwandelt sich der Streit über die Zweckmäßigkeit des Geschwornengerichtes ganz in die Frage, ob von zwölf gewissenhaften Rechtsverständigen oder Rechtsunverständigen ein gerechteres Urtheil zu hoffen sei, ob eher der Verstand als der Unverstand urtheilen solle. Alles, was den Werth des Geschwornengerichtes ausmacht oder ausmachen soll, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, keine Beweisvorschriften, die Zahl von zwölf Mitgliedern, öftere Wahl oder kurze Amtsdauer u. s. w., schreibe man auch für das rechtsgelehrte Gericht vor, da dieses in solcher Weise alle gute Eigenschaften des Geschwornengerichtes und dazu noch die Rechtskenntniß haben wird. Der Forderung eines rechtsgelehrten Gerichtes für die rechtsungelehrten Geschwornen kann nicht die Einwendung entgegengesetzt werden, daß die Geschwornen durch die ihnen von dem Schwurgerichtspräsidenten zu ertheilende Belehrung die nöthigen Rechtskenntnisse erhalten und also mit voller Sachkenntniß ihre Entscheidungen treffen. Um diese Einwendung zu hören, müßte behauptet werden können, daß der Schwurgerichtspräsident stets die seltenste Lehrgabe und die Geschwornen als die Schüler die offenste Lernfähigkeit oder Auffassungsgabe besitzen, damit sie in fünf oder zehn Minuten lehren und lernen, was sonst oft in Jahren nicht gelehrt und gelernt werden kann. Da aber eine solche Behauptung unzulässig ist und im Leben mehr oder weniger unfähige Lehrer und Schüler häufig vorkommen werden, ist auch die Möglichkeit unverständiger und irriger Geschwornenurtheile nicht zu läugnen. Die

Möglichkeit einer unvollständigen oder ungehörigen Belehrung der Geschwornen ist in einem freien Lande oder im Interesse der Gerechtigkeit um so mehr zu fürchten, als der Ausspruch der Geschwornen unabänderlich ist und keine Appellation dagegen gestattet wird. Wenn anderwärts das Geschwornengericht als eine politische Einrichtung gewünscht worden ist, muß man aus politischen Gründen schon in einem Freistaate sich gegen das Geschwornengericht aussprechen, weil die Stellung und der Einfluß des Schwurgerichtspräsidenten mit der Unabhängigkeit, Freiheit und Selbstständigkeit des Geschwornengerichtes nicht wohl vereinbar ist, dem Schwurgerichtspräsidenten eine allzu große Einwirkung auf das Geschwornenurtheil eingeräumt ist. Kann der Schwurgerichtspräsident die Rechtsbelehrung den Geschwornen ertheilen, welche dieselbe bedürfen, fällt eigentlich der Schwurgerichtspräsident das Urtheil allein aus, indem er die Lehre gibt und die Geschwornen dieselbe annehmen. Die Geschwornen sollten ohne die doch immerhin nur einseitige und dem Irrthume unterworfene Belehrung des Schwurgerichtspräsidenten zum Urtheil schreiten können, indem sie nur dann aus ihren Ansichten und Ueberzeugungen das Urtheil schöpfen würden, wie sie es sollen. Das Geschwornengericht, welches ohne die erforderliche Rechtskenntniß dennoch über die schwierigsten Rechtsfragen urtheilen soll, wird gesetzlich von fremder Hülfe oder fremdem Einflusse abhängig gemacht und jeder Selbstständigkeit beraubt, da ihm keine eigene Prüfung möglich ist, sondern ihm nur die Wahl bleibt, den Ansichten Dessen (des Schwurgerichtspräsidenten, oder des Staatsanwaltes, seltener des Vertheidigers) beizutreten, der ihr Vertrauen zu gewinnen wußte. Die Geschwornen müssen Rechtsgelehrte sein, damit sie nicht dem überwiegenden Einflusse des Schwurgerichtspräsidenten, des Staatsanwaltes und des Vertheidigers anheimfallen, — damit sie selbst urtheilen, — damit sie sich über die Parteiverhandlungen zu erheben im Stande seien.

B. Nachdem der frühere Irrthum, daß die Geschwornen nur Richter der That seien, erkannt ist, müssen viele der bisherigen Ver-

theidiger derselben zu ihren Gegnern werden, weil sie ja immer zugegeben haben, daß die Rechtsfragen zu verwickelt und fein seien, um durch bloßen gesunden Menschenverstand und ohne Rechtskenntniß entschieden werden zu können. Man kann für die Geschwornen nicht mehr geltend machen, wie man so oft gethan, daß zum Urtheil über die bloße That der gesunde Menschenverstand ausreiche und dieser durch das Geschwornengericht zur Anerkennung gebracht werden solle; mit andern Gründen müssen jetzt dieselben vertheidigt werden, wenn sie nicht fallen sollen. In der französischen Nationalversammlung rief im Jahr 1790 Düport: »Tous les pouvoirs existent pour le peuple: il ne doit se réserver, que ceux, qu'il peut exercer par lui-même. *Il peut reconnaître le fait*, il doit défendre ce *droit*, *comme sa plus précieuse propriété.* [1]) — Comte, a. a. O. S. 110, faßt seine Ausführungen dahin zusammen: »On a vu combien sont nombreuses les raisons qui exigent que, dans tous les procès, *les questions de droit* soient séparées *des questions de fait*, et que les unes et les autres soient soumises à des hommes ayant *la capacité* et le caractère nécessaires pour les bien résoudre.« — Rottek in seiner Fortsetzung des Staatsrechtes der constitutionellen Monarchie von Aretin, Bd. II, Abth. I, S. 246 schrieb: „Das Institut der Geschwornen, nach solcher Charakterisirung, stellt sich als wünschenswerth dar für jedes Erkenntniß in Rechtssachen. Gleichwohl wird es unanwendbar bleiben für die Civilgerichte, so lange die Jurisprudenz eine — vielumfassende und schwere — Wissenschaft, also die ausschließende Domaine derjenigen ist, die durch besondere Wirkung und langwährende Studien dieselbe sich aneigneten. Wir brauchen hier gelehrte Richter, denen nicht bloß ein gesunder Verstand, sondern ein wissenschaftlicher, zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten nöthig ist. Auch in peinlichen Sachen, wiewohl diese niemals so

[1]) Biener, a. a. O., S. 55.

zweifelhaft oder verflochten sein können, als die civilrechtlichen, würde dasselbe stattfinden, wenn nicht dabei eine Sonderung der Thatfrage von der Rechtsfrage — thunlich wäre, wornach die Geschwornen nur über die That, und die juristischen Richter über das darauf anzuwendende Recht zu erkennen haben; eine bei Civilprocessen durchaus unmögliche Sonderung, weil hier nicht eigentlich die wirkliche Wahrheit, sondern bloß die gemäß juristischer, positiv gegebener Regeln erscheinende zu finden ist." — K. S. Zachariä's oben mitgetheilte Ansicht ist eine verwandte. Wie unrichtig diese Meinungen seien, bedarf jetzt keines weitern Beweises mehr. Uebrigens versteht sich, daß an und für sich die Thatfrage innigst mit der Rechtsfrage zusammenhänge und dieselben überhaupt nicht in der Art von einander getrennt werden können, wie man dieses irrig so lange geglaubt und vorgetragen hat. Es ist also keine Eigenthümlichkeit des zürcherischen neuen Gesetzes, daß die Geschwornen darnach die Rechtsfragen zu beantworten haben; das zürcherische Gesetz hat sich hier nur der allgemeinen Nothwendigkeit gefügt, indem es den Sachverhalt zugleich offen einbekennt, wie dieses z. B. auch in der neuen Strafproceßordnung für das Königreich Hannover vom 8. November 1850, § 188 [1]) geschehen ist. Dieser Paragraph möge zur Vergleichung mit dem zürcherischen Gesetze hier folgen: „Ist die Verhandlung bis hierher (bis zur Fragestellung an die Geschwornen) vorgeschritten, so verliest der Vorsitzende (der Schwurgerichtspräsident) die von ihm aufgestellten, an die Geschwornen zu richtenden Fragen. Jede Partei darf Abänderung derselben oder die Hinzufügung anderer Fragen beantragen. Will der Vorsitzende auf diesen Antrag nicht eingehen, oder widerspricht eine der Parteien der von ihm vorgeschlagenen Fassung, so kann die Entscheidung des Gerichtshofes erwirkt werden. Die an die Geschwornen zu richtenden

---

[1]) Bei Leonhardt, die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover, Bd. I (Hannover 1851), S. 168 ff.

Fragen müssen bei Vermeidung der Nichtigkeit alle in dem Verweisungsurtheile enthaltenen, wesentlichen thatsächlichen Verhältnisse, so wie die in der mündlichen Verhandlung hervorgetretenen neuen Thatumstände, welche die Strafe entweder erhöhen oder mildern oder gänzlich aufheben, erschöpfen und sich darauf beschränken. Die Geschwornen können auf etwaige Mängel der Fragen aufmerksam machen. Die Hauptfrage ist dahin zu richten, ob der Angeklagte der ihm zur Last gelegten That schuldig sei. Sie schließt sich unter Berücksichtigung der in der mündlichen Verhandlung neu hervorgetretenen Umstände möglichst an die in dem Verweisungsurtheile enthaltene Anklageformel oder die erhobene Beschuldigung an. Hierbei sind diejenigen Merkmale des Verbrechens, welche einen Rechtsbegriff enthalten, thunlichst auf das entsprechende thatsächliche Verhältniß zurückzuführen. Umstände einer That, welche die Strafe entweder erhöhen oder mildern oder gänzlich aufheben, sind zum Gegenstande besonderer Fragen zu machen. Wenn durch das Hinzutreten oder Wegfallen des einen oder anderen Thatumstandes eine den Gegenstand der Anklage oder Beschuldigung bildende strafbare Handlung unter den Begriff eines verschiedenen Verbrechens fällt, so kann der Vorsitzende des Gerichts, selbst wenn die Anklage nicht auf sämmtliche Verbrechen gerichtet sein sollte, eventuelle Fragen stellen. Dieses gilt insbesondere in Betreff des Verhältnisses des vollendeten zu dem versuchten Verbrechen, der Urheberschaft zur Beihülfe oder Begünstigung, der vorsätzlichen zur fahrlässigen Gesetzesübertretung. Ueber Strafzumessungsgründe, so wie die in dem Strafgesetze nicht besonders hervorgehobenen erschwerenden oder mildernden Umstände (schweren oder leichten Fälle), unter deren Voraussetzung dem Richter geboten oder gestattet ist, die Strafe über den regelmäßigen Strafgrad zu erhöhen oder sie unter denselben herabzusetzen, hat das Gericht zu entscheiden. Ein Gleiches gilt rücksichtlich der in den Art. 86 bis 90 des Criminalgesetzbuchs aufgeführten allgemeinen Tilgungsgründe der Strafbarkeit, so wie der Voraussetzungen

des Rückfalls." — Mit allem Rechte bemerkt Leonhardt zu diesem Gesetzesparagraphen, daß eine umsichtige und eingehende Erörterung der Lehre von der Fragenstellung als eines der dringendsten Bedürfnisse für die Strafrechtspflege zu bezeichnen sein dürfte. Die Hauptschwierigkeit wird indessen niemals dabei zu überwinden sein, weil sie in der Einrichtung des Geschwornengerichtes, in der Person der Geschwornen selbst liegt. Jeder aus dem Volke, ein Mensch von bloßem sog. gesunden Menschenverstande kann nur dort zum Richter befähigt sein, wo das Strafrecht sehr einfach und noch gar keine Wissenschaft ist, wie denn recht eigentlich in England die Geschwornen nur zur Zeit des am wenigsten entwickelten Strafrechtes entstanden sind, ein solches Strafrecht als ihren einzigen Träger voraussetzen und in demselben Verhältnisse unbrauchbar und unfähig werden, in welchem das Strafrecht sich weiter ausbildet, ausgedehnter und verwickelter wird, so daß es zum Gegenstande eines langen und mühseligen Erlernens gemacht werden muß. Während nun das Geschwornengericht die Schöpfung des noch einfachen und unentwickelten, des noch in seinen ersten Anfängen stehenden Strafrechtes ist, will man in vollständiger Umkehrung aller Verhältnisse und ohne jeden geschichtlichen Sinn in Deutschland und in der Schweiz zu einer Zeit, in welcher eine sehr ausgebildete Strafrechtswissenschaft und die daraus hervorgegangenen umfassenden Strafgesetzbücher bestehen, das Geschwornengericht neu einführen. Keine menschliche Einrichtung ist für alle Zeiten oder unter allen Verhältnissen gleich gut und schätzenswerth, so auch nicht das Geschwornengericht, welches im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert ganz vortreffliche Dienste leisten mochte und dennoch für das neunzehnte Jahrhundert, zumal als eine neu einzuführende Einrichtung verworfen werden kann. Daß die Engländer ihr Geschwornengericht im Wesentlichen beibehalten und nur in einzelnen Theilen zu verbessern streben, begreift sich, weil sie es seit Jahrhunderten besitzen und dasselbe mit den übrigen Einrichtungen und Sitten des Landes, besonders auch mit dem noch einfachern dortigen Criminalrechte

und dem rein accusatorischen Charakter des bisher üblichen Processes im Zusammenhange und Einklange steht; aber eine unendlich davon verschiedene Sache ist, ob mit Vortheil für das Recht und die Freiheit das englische Geschwornengericht jetzt nach Deutschland oder gar nach dem Cantone Zürich übertragen werden könne. Hier machen die von Rechtsgelehrten und für Rechtsgelehrte angefertigten Strafgesetzbücher schon die Geschwornen unmöglich, wenn man sich nicht auch entschließen will oder darf, mit den Geschwornen ein neues Strafgesetzbuch, d. h. ein solches einzuführen, welches jeder Nichtjurist verstehen und anwenden kann. Selbst die größten Freunde des Geschwornengerichtes in dem Cantone Zürich werden zugestehen, welche Schwierigkeiten es habe, die mit dem bestehenden Strafgesetzbuche übereinstimmenden Fragen den Geschwornen vorzulegen und begreiflich zu machen, weßhalb man von ihnen oft auch die Klage vernehmen kann, daß das alte Strafgesetzbuch gar nicht mehr zu den neuen Einrichtungen passe und darnach umgeändert werden sollte. Die Wahrheit ist, daß die Geschwornen nicht zu einem Strafgesetzbuche passen, wie die Gegenwart dasselbe verlangt und nicht entbehren kann. Fragen, wie z. B.:

Ist N. schuldig, ohne Vorbedacht, in der Hitze des Affectes, zwar mit Absicht, jedoch ohne daß diese gerade auf Tödtung gerichtet war, den Z. rechtswidrig so verletzt zu haben, daß der Tod des Geschädigten aus der Verletzung erfolgte? [1]) — Eventuell ist N. schuldig, durch bloße Fahrlässigkeit die Tödtung des Z. verursacht zu haben? [2])

Ist die N. schuldig, ihr unehliches, neugebornes, lebensfähiges Kind vorsätzlich des Lebens beraubt zu haben? [3])

Ist die N., welche mit einem todten Kinde niedergekommen ist,

---

[1]) § 148 des Strafgesetzbuches.

[2]) § 162 daselbst.

[3]) § 153 daselbst.

schuldig, zuvor innere Mittel, die den Tod der Frucht im Mutterleibe bewirken können, in rechtswidrigem Vorsatze angewendet zu haben? [1]) Eventuell ist dieselbe zu der Zeit, als die gesetzwidrige That von ihr beschlossen und verübt wurde, des Gebrauches ihres Verstandes beraubt gewesen? [2])

Ist N. schuldig, in der Absicht, sich fremden beweglichen Eigenthums zu bemächtigen, dem X. solche Gewalt durch thätliche Mißhandlung angethan zu haben, welche mit einer für das Leben oder die Gesundheit gegenwärtigen Gefahr verbunden ist? — Hat die von X. erlittene Mißhandlung dessen Tod zur Folge gehabt? [3]) — Hat N. eine lebensgefährliche Waffe bei sich getragen? [4]) — Ist N. von der Vollbringung des Verbrechens freiwillig abgestanden? [5])

Ist N. schuldig, die Uhr des X. ohne Einwilligung desselben, jedoch ohne Gewaltthätigkeit gegen ihn, in seinen Besitz genommen zu haben, um sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen? — Ist die Uhr auf einer öffentlichen Straße weggenommen worden? [6])

setzen bei dem Antwortenden nicht bloß gesunden Menschenverstand, sondern juristische Bildung und Erfahrung voraus, wenn eine zuverlässige und verstandene Antwort ertheilt werden soll. Die Geschwornen verstehen gewiß in den meisten Fällen nicht einmal ihre eigene Antwort und folgen dabei nur einem ganz unklaren Gefühle, oder dem sie bestimmenden äußern Antriebe des Schwurgerichtspräsidenten oder des Staatsanwaltes. Welcher Mißbrauch mit dem Namen des gesunden Menschenverstandes im gewöhnlichen Leben getrieben werde, hat neuerlich

---

1) § 157 des Strafgesetzbuches.
2) § 63, litt. b daselbst.
3) §§ 202 und 203 a. a. O.
4) § 208, litt. b a. a. O.
5) § 46, Absatz 2 a. a. O.
6) § 212, litt. b des Strafgesetzbuches.

auch Osenbrüggen an verschiedenen Orten bitter getadelt. In einer kleinen Abhandlung: „Die Berufung auf das Rechtsbewußtsein im Volke", Archiv des Criminalrechts 1854, S. 153 ff., sagt er: „Was man damit bisweilen bezeichnet, verdient am allerwenigsten diesen Namen, sollte geradezu Dummheit genannt werden. Der Dumme sieht in der Regel, eben weil er dumm ist, seine Dummheit nicht ein und wenn eine Ahnung davon in ihm aufdämmert, tröstet er sich damit, daß wenn ihn die Natur nicht zu einem Genie gemacht habe, ihm doch der gesunde Menschenverstand beschieden sei. Andere verfahren in zarter Rücksicht oft ebenso euphemistisch mit ihm. Auf diese Weise wird eine große Menge Dummheit unter die Firma des gesunden Menschenverstandes prakticirt. Setzen wir diesen Pseudo-gesunden-Menschenverstand = Dummheit auf den Richterstuhl, so entstehen Geschichten, die zwar für den Humoristen sehr anziehend sind, aber nicht für den Rechtsuchenden." Bei solchen Ansichten ist nur auffallend, daß Osenbrüggen dennoch die Aufnahme der Schwurgerichte in Deutschland billigt und glaubt, „in dem Schwurgerichte haben der gesunde Menschenverstand und die Jurisprudenz ihre berechtigte Stellung, — neben einander demselben Ziele zustrebend, welches kein anderes ist, als das Recht zu finden, werden sie eben in solcher Gemeinschaft das Ziel sicherer erreichen, als bei einem isolirten Wirken". Derlei Sätze sind ein Nachhall der noch immer nicht genug erkannten und verdrängten irrigen Ansicht über die mögliche Trennung der Thatfrage von der Rechtsfrage. Uebrigens kann man um so weniger anstehen, es zu verwerfen, daß das neue zürcherische Gesetz den Geschwornen die Entscheidung der Rechtsfragen überträgt, als das Gesetz den Geschwornen, hierin unbegreiflicher Weise von dem englischen Rechte abweichend, die Möglichkeit nicht eingeräumt hat, durch ein sog. Specialverdict die Entscheidung der Rechtsfrage abzulehnen und dem Schwurrichter anheimzugeben. Glaser, a. a. O. § 360, schildert diese englische Einrichtung also: „Bietet eine mit dem Falle verknüpfte Rechtsfrage den Geschwornen solche Schwierigkeiten, daß

sie dieselbe nicht zu lösen wagen, so können sie in ihrem Wahrspruch bloß die Thatsachen feststellen, und hernach die Rechtsfrage derart den Richtern anheimgeben, daß sie für den Fall, daß die Richter die Rechtsfrage in einem gewissen (anzugebenden) Sinn auffassen, das „„schuldig““ aussprechen. Ein solches Specialverdict muß schriftlich abgefaßt sein, und lautet nach Aufzählung der Thatsachen: „„Und wenn in Bezug auf diese ganze vorher erwähnte Thatsache (matter), welche der Jury wie vorher erwähnt erscheint (in form afore said found), es den genannten Richtern scheinen wird, daß ....., dann finden die vorgenannten Geschwornen bei ihrem Eid den Angeklagten schuldig des ....., werden aber die genannten Richter in Bezug auf obige Angelegenheit erkennen, daß ..... dann finden die Geschwornen, daß der genannte Angeklagte des ..... nicht schuldig ist.““ [1]) — Biener, a. a. O. S. 51, neigt sich der Ansicht zu, die Thätigkeit der Geschwornen auf Specialverdicte zu beschränken: allein der Versuch einer solchen Beschränkung würde gleichbedeutend sein mit dem auch von Biener als nicht ausführbar anerkannten Versuche einer Sonderung der Thatfrage von der Rechtsfrage. In England selbst empfindet man immer mehr, daß die Geschwornen zur Entscheidung der Rechtsfragen nicht recht fähig seien und sich leicht irren können, weßhalb auch gegen die Wahrsprüche der Geschwornen das Rechtsmittel der Appellation vielseitig verlangt wird, um die Möglichkeit der Abänderung eines ungerechten Urtheils zu haben. Im Jahr 1844 und 1848 wurde in diesem Sinne im englischen Parlamente ein Antrag gestellt, welcher jedoch in der Hauptsache verworfen wurde und nur zur Einführung des Court of appeal, d. h. dazu führte, daß der Schwurgerichtspräsident, der dem Schwurgerichte vorsitzende Lordoberrichter die Befugniß erhielt, daß er, sobald er zweifelt, ob die von den Geschwornen getroffene rechtliche Entscheidung richtig sei, sein Strafurtheil aussetzen und die Rechtsfrage

---

[1]) Vergl. auch Mittermaier, a. a. O. S. 484 ff.

an ein aus fünf Mitgliedern gebildetes rechtsgelehrtes Gericht zur freien eigenen Entscheidung bringen kann. Dieses Gericht, Appellationsgericht mit Recht genannt, weil es über den Geschwornen steht — und der Schwurgerichtspräsident gegen den Ausspruch der Geschwornen gleichsam an dasselbe appellirt, ist berechtigt, das Strafurtheil beliebig auszufällen oder auch die Sache zur ganz neuen Verhandlung an ein anderes Schwurgericht zu verweisen (Mittermaier, a. a. O., S. 535). England selbst hat somit das Zeugniß abgelegt, daß der sog. gesunde Menschenverstand zur Behandlung verwickelter Rechtsfragen nicht genüge und daß in solchen Fällen an die Stelle der Geschwornen die Rechtsgelehrten treten müssen. Das neu geschaffene Appellationsgericht ist eine erste Errungenschaft der Rechtswissenschaft und kann nicht ermangeln, mit den Fortschritten der letztern auf Kosten des Geschwornengerichtes in seinen Urtheilsbefugnissen sich auszudehnen. Das Recht der Appellation, wie man sich wohl ausdrücken darf, welches jetzt einzig und allein dem Schwurgerichtspräsidenten eingeräumt ist, wird bald auch den Parteien nicht versagt werden können, und ebenso wird man den Umweg durch die Geschwornen an das rechtsgelehrte Gericht zu vermeiden lernen und lieber sogleich an das letztere als das ausschließlich tüchtige Gericht sich wenden. Wie Alles schon da gewesen, sind auch die ungelehrten Richter in den deutschen Schöffen schon da gewesen und aus dem gleichen Grunde untergegangen, aus dem in Deutschland und in der Schweiz die Geschwornen wieder untergehen müssen, so wie in England der court of appeal eingeführt worden ist. Im sechszehnten und siebzehnten Jahrhundert wurden die ungelehrten Schöffen als wirkliche Urtheiler in demselben Verhältniß nach und nach aus den Gerichten, besonders auch den Criminalgerichten, verdrängt, in welchem das Recht, das Criminalrecht immer gelehrter, also dem gemeinen Menschenverstande unzugänglicher wurde, [1]) — in welchem sie nicht mehr das Urtheil zu

[1]) Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens, S. 353, vergl. mit § 84, Nr. 17 und §§ 211—213; Unger, die

schaffen [1]) im Stande waren. Sehr wahr spricht in dieser Hinsicht auch Biener, a. a. O. S. 32: „Die deutschen Schöppen mußten untergehen, weil das Rechtsprechen ihr Hauptgeschäft war, und sich kein Mittel fand, sie mit der weitern Ausbildung des Rechts in Einklang zu bringen." — In verwandtem Sinne sagt Unger, a. a. O. S. 195: „Von den Urtheilern wurde ursprünglich keine andere Rechtskenntniß erwartet, als eine solche, wie sie ein Jeder in der Erfahrung des gemeinen Lebens sich erwarb. Allein diese Kenntniß genügte nicht, sobald man geschriebene Gesetze hatte, nach denen man richten sollte." — Die Errichtung des englischen court of appeal, an welchem die als richtig bezweifelten Wahrsprüche der Geschwornen durch den Schwurgerichtspräsidenten zur Prüfung, zur Bestätigung, Verwerfung oder Abänderung gebracht werden können, hat eine überraschende Aehnlichkeit mit den deutschen fürstlichen Hofräthen, Regierungen und Kanzleien, an welche im siebzehnten Jahrhundert die Schöffen in Folge des Mißtrauens, das man in ihre Rechtskenntniß setzte, die von ihnen ausgefällten Criminalurtheile einzusenden zur Prüfung und Bestätigung verpflichtet wurden. Für Jülich und Berg wurde 1695 z. B. verordnet: „das abgefaßte Scheffen-Urtheil, welches das Scheffengericht bestens zu befördern und in schweren und zweiffelhafftigen Fällen mehr verständiger, wohl auch berühmter Universitäten, Raths, und Bedenkens sich zu gebrauchen, ist ohne Anstand zu gemeltem unserem Gulich — und Bergischen Hoffrath einzuschiken, in welchem es sobalt es einkombt, mit Beyseitsetzung aller voriger burgerlicher Streitigkeiten vorzunemmen, ob, und in wie weit es peinlichen Rechtens

---

altdeutsche Gerichtsverfassung, Göttingen 1842, § 31; Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Thl. IV, § 578.

[1]) Schöffe, Scheffe (scabinus) stammt von scapan, d. i. ordinare, decernere, schaffen, ab. Vergl. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 768 und 775; Eichhorn, a. a. O., I. § 75, Anm. f.

wegen bey demselben zu lassen, oder was sonsten gestalten Umbständen nach zu verordnen, reifflich zu überlegen, und nachdem sie Uns unthänigstes Gutachten hierüber erstattet, Unserem Haupt-gericht nach Anlaß Unserer auff sothanes gehorsambstes Gutachten erfolgender gnädigster Resolution die weitere Notturfft von darauß zu befehlen.“ —

C. Mit der Einführung der Geschwornen wird die wissenschaftliche Fortbildung des Strafrechtes, eine mit der Strafrechtswissenschaft in Verbindung stehende Strafrechtspflege abgeschnitten. Am 15. October 1840 wurde als das Streben dieser Zeitschrift in der Vorrede bezeichnet, daß dadurch die Rechtswissenschaft der Rechtspflege, die Theorie der Praxis genähert und dargethan werden solle, daß nur im Vereine beider das Gute und Rechte erreicht werden könne. Ebenso erklärte Seuffert im Mai 1847 das Unternehmen seines Archives für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten aus dem in unsern Tagen allgemein gefühlten Bedürfnisse, für die Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis thätiger zu sein. Vieles Gleiche ist von andern Seiten über die Nothwendigkeit vorgetragen worden, daß die Theorie die Praxis vergeistigen und tragen müsse: allein es sind dieses dort eitle Worte, wo die Geschwornen richten, weil für sie eine Rechtswissenschaft nicht vorhanden ist und sein kann. Das englische Strafrecht hat nur durch die Geschwornen seinen einfachen, schon vor Jahrhunderten gehabten Charakter beibehalten und wird und muß es, so lange die Geschwornen bleiben. Wer nur einigermaßen in die lästigen, veralteten, jeder durchgreifenden Verbesserung widerstrebenden Sprache, Formen und Einrichtungen des englischen Strafprocesses eingedrungen ist, muß den Schlüssel zu dieser Versteinerung des Strafprocesses, zu seinem Festhalten auf dem zu Ende des siebzehnten Jahrhunderts durch die damaligen Staatsveränderungen erhaltenen Standpunkte, während sonst allerwärts in Europa die bedeutsamsten Umänderungen und Fortschritte des Straf-

processes stattgefunden haben, in dem Dasein der Geschwornengerichte finden. Die blinden Männer der Bewegung bringen jetzt die jedes Vorschreiten hemmenden Geschwornen, um den alten Satz zu bewähren, daß jedes Uebel das Mittel der Heilung in sich selbst trage oder erzeuge. Den englischen Anwälten, resp. Vertheidigern wird nicht selten, besonders im Gegensatze zu den französischen, nachgerühmt, mit welcher Kürze und Einfachheit sie sich in ihren Vorträgen fassen: aber es wäre die höchste Kunst, das Gegentheil zu thun, indem für sie wissenschaftliche Erörterungen zu den Unmöglichkeiten gehören. In dem Cantone Zürich ist es noch eine Angewohnheit der Vertheidiger aus der guten alten Zeit, daß sie die Vertheidigung auf wissenschaftliche Gründe zu stützen suchen, sogar die verschiedenen Meinungen der Schriftsteller, oder Bestimmungen anderer Strafgesetzbücher anführen, als ob die Geschwornen etwas davon verstehen oder verstehen könnten. Ja, es wird sich eine neue Beredsamkeit der Anwälte in dem Cantone Zürich mit dem neuen Gesetze allmälig ausbilden, wie solches auch schon nur in anderer Ansicht angedeutet worden ist; d. h. die Anwälte werden so unwissenschaftlich werden, als es die Geschwornen sind, denen sie gegenüberstehen, — sie werden überzeugt werden, daß man von den Sachen schweigen müsse, wovon die Leute Nichts verstehen. Offen und unumwunden sei es gestanden, daß der Vertheidiger, welcher voraussetzen darf und muß, die Geschwornen werden und können bei dem besten Willen Nichts **gründlich oder vollständig** durchblicken, sich in einer höchst peinlichen Lage befinde, wenn er dennoch sich entschließen soll, mit Ernst und Beredsamkeit das niemals Aufzuklärende aufzuklären oder die kaum jemals zu Erleuchtenden mit Licht zu erfüllen. Wie wenig mit Erfolg der Schwurgerichtspräsident den Geschwornen in einigen Minuten die erforderlichen Rechtsbegriffe und Rechtskenntnisse beibringen kann, ist für den vorausgehenden Vertheidiger eine wahrhaft gute, nur an die Rechtswissenschaft anzuknüpfende Vertheidigung noch weit weniger erreichbar. Die Güte und die den Vertheidiger selbst

ergreifende und fortreißende Begeisterung der Vertheidigung hängt davon ab, daß der redende Vertheidiger aus den Augen, Geberden und Bewegungen der Richter die belebende Ueberzeugung gewinnt, er spreche zu dem Geiste und Herzen, er werde verstanden, er habe die Wahrheit getroffen und sie bewähre nun ihre siegende Kraft. Es besteht eine erhebende Wechselwirkung zwischen dem Gerichte und dem Vertheidiger, wenn die gegenseitigen Einsichten und Kräfte die gleichen sind; die Wechselwirkung wird gestört, ist ausgeschlossen, sobald die urtheilenden Richter an Kenntnissen und Erfahrungen dem Vertheidiger nachstehen. Nur wer selbst vertheidigt hat, weiß es zu fühlen und zu bemessen, wie schwer und hindernd der Gedanke auf dem Vertheidiger laste, daß die Richter das Vorzutragende doch in der That nicht begreifen. Es steht z. B. in Frage, ob eine gewisse Handlung, leichtsinniges Aufkaufen und Borgen von Waaren etwa [1]), als strafrechtlicher Betrug, oder als bloß unmoralische Handlung, als bloß civilrechtlich dolos zu betrachten sei; kann ein Vertheidiger die hierauf bezüglichen feinen Untersuchungen, gelehrten und gesetzlichen Meinungsverschiedenheiten den Geschwornen in dem festen Glauben vortragen, daß sie dieselben erfassen und richtig anwenden werden? Haben die Vertheidiger erst die niederschlagende Erfahrung gemacht, daß die größte wissenschaftliche Anstrengung Nichts helfe, weil es an den Ohren fehlt, die dieselbe hören und würdigen können, werden sie entweder muthlos sich zurückziehen, die Vertheidigungen vor Schwurgericht als ein durchaus nicht lohnendes Werk ablehnen, oder dann nur noch auf das Gefühl der Geschwornen Eindruck zu machen sich bemühen, wie dieses in Frankreich vorzugsweise der Fall ist. Die Vertheidigung kann nur auf den Verstand und das Gefühl des Richters einwirken wollen, oder je nach Umständen mehr auf den einen und das andere; fehlt aber der (juristische) Verstand,

---

[1]) Man denke an den am 3. März 1854 vor dem Schwurgerichte zu Winterthur beurtheilten Fall der Frau Pfarrer Eßlinger.

kann man nur die Gefühle in Anspruch nehmen. Die trockene englische Vertheidigung und die Declamationen, Gefühlsbestürmungen der französischen Anwälte sind ein gleich großes Uebel, jedoch hervorgerufen durch die bestehenden Geschwornengerichte. Es ist in andern Ländern wie in dem Canton Zürich geschehen und wird künftig voraussichtlich noch mehr geschehen, daß gerade die besten Anwälte entweder nur höchst ungerne oder gar nicht eine Vertheidigung vor Schwurgericht übernehmen, weil sie nicht leeres Stroh dreschen oder nicht das Recht vor Ungelehrten vertreten wollen; in Frankreich und in den deutschen Ländern des linken Rheinufers erscheinen vor den Geschwornen in der Regel nur die angehenden oder jungen Anwälte. Nicht bloß aber die wissenschaftlichen Ausführungen finden bei den Geschwornen keinen günstigen Boden, sondern nicht einmal ein Berufen auf die in frühern Urtheilen über den Begriff und die Erforderniße eines Verbrechens, über den Sinn und die Auslegung des Strafgesetzbuches u. s. f. von den Geschwornen aufgestellten Ansichten ist möglich, weil eben die Geschwornen keine Gründe, keine Erwägungen ihren Wahrsprüchen beifügen. Hierin liegt die noch nicht gehörig beachtete und besprochene Veranlassung, daß unter den Geschwornen und durch dieselben das Strafrecht, das Strafgesetz nicht weiter entwickelt und fortgebildet wird und werden kann, sondern völlig und selbst Jahrhunderte lang stillesteht. Die Wahrsprüche der Geschwornen, weil ohne alle und jede Begründung gegeben und daher auch in ihren Gründen nicht zu erkennen, sind unfähig, das Strafrecht und das Strafgesetz fortzubilden, dessen Unvollständigkeiten und Mängel zu verbessern; sie können als Präjudicien nicht angerufen werden, — es gibt über das materielle Recht, über die Anwendung und Auslegung des Strafgesetzes unter den Geschwornen keine Gerichtspraxis. Diejenigen, welche mit dem Rechtsleben und der Rechtsgeschichte vertraut sind, werden den Gerichtsgebrauch, die in den Präjudicien dargelegte Praxis der Gerichtshöfe als eine der wichtigsten Rechtsquellen, und zugleich als den einzig wahren

Vermittler zwischen der Wissenschaft und der Praxis anerkennen; durch die wissenschaftlich gebildeten Richter dringt die Wissenschaft in die Urtheile, in das Rechtsleben ein, die richtende Wissenschaft erzeugt neben dem Gesetze den Gerichtsgebrauch, das Juristenrecht [1]). Das gemeine deutsche Strafrecht und der Strafproceß in ihrer heutigen Beschaffenheit, das ganze Strafrecht und der Strafproceß auch des Cantons Zürich in ihrer neuern und neuesten Gestalt sind wesentlich durch die Juristen und die Gerichte, durch das Juristenrecht, geschaffen worden. Indem nun die Ungelehrten, die Geschwornen, auf den Richterstuhl berufen werden, wird die Verbindung zwischen der Wissenschaft und Praxis aufgehoben und das Rechtssuchen, Rechtsfinden oder Rechtssprechen anstatt auf Wissenschaft und Gesetz, nur noch auf das Gesetz gegründet. Man dürfte den Gegensatz zwischen dem Richten durch (beständige) gelehrte Richter und dem Richten durch Geschworne kaum schärfer und klarer bezeichnen können als dadurch, daß jenes zu seiner Erkenntnißquelle, zu seinem Grunde die Wissenschaft und das Gesetz, dieses aber einzig das Gesetz habe. Das Geschwornenurtheil ist die unwissenschaftliche oder wissenschaftlose, **nicht zu begründende** Entscheidung über das Dasein oder Nichtdasein einer Gesetzesverletzung, für die Richtigkeit welcher Entscheidung nicht der Inhalt, die Begründung, sondern nur die dabei beobachteten Formen bürgen und bürgen können. Aus diesem Wesen des Geschwornenurtheils geht die Nothwendigkeit hervor, bei dem Geschwornenverfahren die Formen, die processualischen Vorschriften streng und ängstlich zu überwachen und überall Nichtigkeit des Geschwornenurtheils eintreten zu lassen, wo eine Form, eine processualische Vorschrift bei dessen Findung nicht beobachtet und verletzt worden ist, weil man ja sonst gar keine

---

[1]) Vergl. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I. §§ 34—36; Bluntschli, Deutsches Privatrecht, Bd. I. § 7.

Sicherheit für ein gerechtes Urtheil hätte. Der bekanntlich außerordentlich formelle Charakter des englischen Strafverfahrens ist also durchaus kein zufälliger; man muß sich an die Form halten, weil man den Inhalt nicht angreifen kann. Das zürcherische Gesetz bestimmt in § 164 über die Richtigkeit eines schwurgerichtlichen Urtheils: „Die Cassation eines schwurgerichtlichen Urtheils findet statt:

a) wegen wesentlicher Beeinträchtigung der Rechte der Vertheidigung;

b) wegen Verletzung gesetzlicher Proceßformen, wenn sie irgendwie auf den Spruch der Geschwornen einen nachtheiligen Einfluß gehabt haben kann;

c) wegen falscher Anwendung des materiellen Strafgesetzes, so weit sich dieselbe nicht auf die bloße Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Schranken bezieht.

„Der Wahrspruch der Geschwornen kann unter keinen Umständen auf dem Wege der Beschwerde als thatsächlich unrichtig angefochten werden." — Um die Natur des Geschwornenurtheils weiter darzulegen, soll dieser Gesetzesparagraph, so weit er die Cassation wegen falscher Anwendung des materiellen Strafgesetzes zuläßt, näher erörtert werden. Das materielle Strafgesetz durch die Geschwornen kann falsch angewendet werden, indem sie

a) eine Handlung, ungeachtet sie alle gesetzlichen Merkmale eines bestimmten Verbrechens an sich trägt, dennoch nicht als solches ansehen oder ansehen **wollen** und daher in dieser Beziehung den Angeklagten freisprechen.

Gegen diese falschen Gesetzesanwendungen hat das Gesetz nach dem Vorgange von England, Schottland und Amerika [1]) keine Cassation gestattet, weil dieselben eben sowohl aus der Ansicht, daß das Strafgesetz nicht anwendbar, der Schuldbeweis nicht geführt sei, hervorgehen können

---

[1]) Mittermaier, a. a. O. S. 490—495.

wie aus dem Willen, das Strafgesetz nicht anwenden zu wollen, und man die Freiheit der Geschwornen in der erstern Beziehung beschränken würde, könnten in der letztern Beziehung sie angegriffen oder gar z. B. wegen Meineides, wie früher in England, zur Strafe gezogen werden. Aber eben deßhalb, daß der Richter den Wahrspruch der Geschwornen, worin derselbe ein Nichtschuldig enthält, unbedingt, d. h. selbst dann annehmen muß, wenn der Angeklagte nicht schuldig erklärt würde, weil die Geschwornen ihn nicht schuldig finden wollten, ist das Geschwornengericht ein höchst unvollkommenes, nach Umständen für das Recht und die Sicherheit des Staates sehr gefährliches. Gegen den schlechten Willen eines beständigen oder gelehrten Gerichtes schützen die Vorschrift, Erwägungsgründe anzugeben, — das Rechtsmittel der Appellation oder Beschwerdeführung des Staatsanwaltes, wenn es ein unteres Gericht angeht, — die förmliche Anklage wegen absichtlicher Verletzung der Amtspflicht u. s. w.; gegen den schlechten Willen der Geschwornen hat man diese Schutzmittel nicht und aus dieser rechtlichen Unverantwortlichkeit der Geschwornen geht ihre Allmacht (Omnipotence) hervor. [1]) Zur absichtlichen Nichtanwendung des Gesetzes oder Nichtschuldigerklärung des Angeklagten werden die Geschwornen nach der Erfahrung aller Länder besonders dadurch bestimmt, daß sie das anzuwendende Gesetz entweder allgemein oder wenigstens in dem einzelnen Falle zu hart halten und daher durch ihre Freisprechung die Verurtheilung des Angeklagten zu einer allzu harten Strafe vermeiden wollen. Daraus mag man erkennen, daß nicht allein es eine völlig leere, längst selbst in England und Amerika aufgegebene [2]) Theorie der Trennung der That- und der Rechtsfrage sei, sondern daß sogar mit der Strafzumessung die Geschwornen sich beschäftigen und man

[1]) Vergl. darüber einen Aufsatz von Golbery in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. III, S. 284 ff.

[2]) Mittermaier, a. a. O., S. 454 ff.

nicht einmal diese vollkommen absondern und dem Schwurgerichte vorbehalten kann. Sprechen die Geschwornen, welche überall mehr zur Milde als Strenge sich hinneigen, deren Stolz es schmeichelt, Gnade üben zu können, zur Abwendung der verdienten Strafe nicht ganz frei, dann wählen sie oft wenigstens eine mildere Qualification der That, z. B. anstatt Urheber- oder Gehülfenschaft bloße Begünstigung, anstatt ausgezeichneten Diebstahl einfachen, anstatt Brandstiftung ersten oder zweiten Grades solche dritten oder vierten Grades u. s. w., — oder sie fügen die willkürliche Erklärung bei, daß mildernde Umstände vorhanden seien, wenn dieß zulässig ist, [1]) — oder endlich sie empfehlen den Schuldiggesprochenen zur Begnadigung. In England hat dieses dahin geführt, daß man in neuerer Zeit durch ein eigenes Gesetz [2]) den Geschwornen die der ältern Rechtsübung entsprechende Befugniß ertheilt hat, statt des schweren Verbrechens, auf welches die Anklage ging, den Angeklagten eines geringeren schuldig zu finden, wenn die Handlung des letztern in dem angeklagten Verbrechen enthalten war, mithin Diebstahl in Unterschlagung, Mord in Todtschlag, Kindesmord in bloße Verheimlichung der Niederkunft, oder, was besonders in England sehr beliebt ist, Diebstahl in Diebshehlerei [3]) u. s. w. zu verwandeln. In dem Cantone Zürich hat man sich dem englischen Vorbilde in § 252 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren zwar nicht vollständig, doch möglichst angeschlossen und den Geschwornen ein großes Milderungsrecht zugestanden; auch kann nach § 251 der Vertheidiger die Stellung der hierauf bezüglichen Fragen veranlassen und dadurch die Geschwornen in die Lage setzen, nach Belieben Milde zu üben. So kurze Zeit auch die Geschwornen in dem Cantone Zürich bestehen,

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 488.

[2]) Ibid. a. a. O., S. 449 ff. und in der vorangeführten kritischen Zeitschrift, Bd. XXIII, Nr. 7.

[3]) Ibid. a. a. O., S. 451.

darf dennoch schon aus der Erfahrung bezeugt werden, daß sie hier gleichfalls sehr geneigt seien, die eventuellen oder mildern Anklagen zu bejahen, die verdiente Strafe durch eine mildere Qualification möglichst herabzusetzen. Mit Hinsicht auf dieses Einmengen der Geschwornen in die Strafzumessung, d. h. um eine unbegründete Freisprechung aus guten Beweggründen und achtungswürdigen Gefühlen (nach dem euphemistischen Ausdrucke des Lordoberrichters Denman [1]) abzuwenden, wird selbst die Staatsanwaltschaft oder der Schwurgerichtspräsident wohl thun, eine eventuelle (mildere) Anklage oder Frage zu stellen, indem die Geschwornen, welche bei einer eventuellen Anklage die mildere Strafe ausgesprochen oder durch die Schuldigerklärung ermöglicht hätten, ohne eine solche leicht völlig freisprechen, sobald sie die bei der allein gestellten Anklage eintretende Strafe zu hart erachten. Umgekehrt hat deßhalb der Vertheidiger es sorgsam zu überlegen, ob er eine eventuelle Frage stellen wolle oder nicht, weil ohne eine eventuelle Frage völlige Freisprechung zu hoffen und mit einer solchen die theilweise Verurtheilung zu fürchten ist, herbeigeführt werden kann. Kaum glaublich sollte es sein und dennoch ist es durchaus wahr, daß bei dem Geschwornenverfahren die Gerechtigkeitspflege eine so zufällige ist, daß Schuld oder Nichtschuld häufig von der Stellung einer (eventuellen) Frage abhängt. — Das Recht auf Begnadigung anzutragen, welches das englische Recht und auch das zürcherische Gesetz § 274 den Geschwornen einräumt, verstößt durchaus gegen den Grundsatz, daß das Gericht allein die gesetzliche Strafe zu verhängen, dieselbe auszumessen habe, die Geschwornen sich damit nicht befassen sollen: dennoch muß man sich in das Uebel fügen, weil das Recht zum Antrag auf Begnadigung ein großes Schutzmittel gegen die unbegründeten Freisprechungen aus guten Beweggründen und achtungswürdigen Gefühlen (pieux parjure in Frankreich genannt) ist. Wie die englischen

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 538.

Geschwornen dieses Recht ausüben oder vielmehr mißbrauchen, mag man daraus entnehmen, daß nach dem Zeugnisse Mittermaiers, a. a. O., S. 489, Anm. 123, **in einem Fünftheil** der Fälle, in denen das Schuldig ausgesprochen worden, die Empfehlung des Angeklagten zur Gnade beigefügt wird. Fragt in besonders auffallenden Fällen der Richter die Geschwornen nach den Gründen, welche sie bewogen haben, den Angeklagten der Begnadigung zu empfehlen, ereignen sich mitunter sehr erbauliche Scenen, indem sich ergibt, daß die Geschwornen sich entweder gar keines Grundes oder doch keines genügenden bewußt sind (Mittermaier, a. a. O., S. 502). Und obwohl man alle diese schreienden Gebrechen des Geschwornengerichtes kennt oder kennen sollte, preist man dasselbe als die vortrefflichste und weiseste Einrichtung an! Zur geschichtlichen Schilderung des seichten deutschen Liberalismus, der in der Frankfurter Nationalversammlung förmlichen Bankerot gemacht und Deutschland um seine schönsten Hoffnungen gebracht hat, aber immer noch aus den Köpfen nicht verschwunden ist, wird es hier erlaubt sein, aus der Abhandlung von C. Th. Welker im Staats-Lexicon Bd. IX, S. 28 ff.: „Jury, Schwur- oder Geschwornengericht als Rechtsanstalt und als politisches Institut“ [1]) nur eine Hauptstelle einzureihen: „Der Triumph der Geschwornengerichtseinrichtung ist es solchergestalt, daß sie 1) die Vortheile und die guten Kräfte und Eigenschaften und Richtungen der freien Bürger und der juristischen Regierungsbeamten zum Zwecke möglichst richtiger Strafurtheile und möglichst gerechter, moralisch wirksamer Handhabung der Strafrechtspflege mit Beseitigung der Einseitigkeiten von beiden vereinigt, und daß 2) vor Allem die Bürger die unermeßliche Gewähr haben, nicht verurtheilt zu werden, wenn nicht Beide, die Mitbürger und die Juristen, Volk und Regierung, „„das Vaterland““,

---

[1]) Die Abhandlung ist auch besonders, Altona 1840, abgedruckt worden.

nach dem Ausdruck der Engländer, oder seine Repräsentanten in der Schuld zusammenstimmen. — — — Ganz so wie bei der ständigen Verfassung, welche im Schwurgerichte ihren Grund- und Schlußstein erhält, die ständige Mitwirkung bei gesetzlicher Feststellung des gemeinschaftlichen Rechtes, so wird im Geschwornengericht der wichtigste Theil der Handhabung dieses Rechtes, so wird das Endurtheil über Ehre, Leben und Freiheit der Bürger, auch hier unter steter Leitung der Regierung, das Resultat des freien, sich gegenseitig bewachenden, ergänzenden und unterstützenden Zusammenwirkens der Regierung und des Volks, der Regierungsbeamten und der freien Bürger, des juristischen Wissens und des gesunden Menschenverstandes. So fordern es die Natur und die Harmonie des Lebens eines freien, eines gesunden Staats- und Rechtsorganismus." — Als Antwort auf diese Welker'schen Worte, welche der zürcherische Landbote zu einem schönen Toaste vielleicht dereinst benützt, möge die Schlußstelle der sehr lesenswerthen kleinen Schrift von Möhl, Bezirksrichter zu Frankenthal, über das Geschwornengericht, Heidelberg und Leipzig 1838, dienen: „Der Jury an sich, es läßt sich nicht läugnen, liegt eine schöne Idee zu Grunde, sie nimmt sich theoretisch vortrefflich aus, allein bei vorgeschrittenem Zustande der Kultur, bei der Ausbildung des Rechts zur Wissenschaft ist sie praktisch unausführbar und hat weder den Forderungen, welche man an sie macht, entsprochen, noch kann sie diesen Forderungen überhaupt entsprechen. Das Interesse der Gerechtigkeit, das davon nicht zu trennende Interesse wahrer Freiheit, das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft, das Interesse des Angeklagten fordern Garantieen, welche die Jury zu gewähren nicht im Stande ist, welche nur rechtsgelehrte Richter zu gewähren vermögen. Mit Recht sagt Mézard: »»La justice ne peut être bien administrée que par des juges permanens, choisis avec le plus grand soin, doués de toutes les qualités de l'esprit et de cœur.«« Soll aber deßhalb die Jury da, wo sie bereits besteht, wo das Volk in ihr ein Heiligthum sieht,

wo sie, sei es auch aus blindem Vorurtheil, als Garantie für Gerechtigkeit und Freiheit betrachtet wird, auf einmal abgeschafft werden? Wäre es weise und klug, eingewurzelte Vorurtheile plötzlich mit Stumpf und Stiel auszurotten? Il y a des préjugés de nations et de siècles. Ménageons-les pendant qu'ils ont cours. Il ne serait pas sage de disputer avec eux, car rien de ce qui est inutile, n'est sage.« — Das unüberschwänglichste Lob des Geschwornengerichtes ist übrigens nicht einmal einem deutschen Munde, sondern dem oben mehr genannten Comte im Jahr 1819, bei der ersten Ausgabe von Phillips, in den Worten entflossen: »La procédure par jurés constitue la ligne *qui sépare une nation d'esclaves d'une nation d'hommes libres!*« Mit solchen unendlich unsinnigen Phrasen wird die Herrschaft des gesunden Menschenverstandes verkündet; Möhl meint, on réclame une bonne justice et on ne veut pas la confier à des bons juges, — nicht der Verständige, der Unverständige solle richten. Nachdem feststeht, daß die Geschwornen die ganze Schuldfrage, mit Inbegriff der Rechtsfrage, entscheiden, und in so mannigfacher Weise selbst auf die zuzumessende Strafe einwirken, diese im Wesentlichen bestimmen, ist gar nicht abzusehen, weßhalb man nicht consequent den Geschwornen, dem gesunden Menschenverstande überläßt, für jeden einzelnen Fall ganz genau die Strafe zu bestimmen; können die Geschwornen die Strafe im Allgemeinen festsetzen, besitzen sie jedenfalls auch die Fähigkeit, dieselbe auch auf eine feste Grenze zurückzuführen. Gelehrte, wie z. B. Pinheiro-Ferreira [1]), und die Gesetzgebungen einiger nordamerikanischer Freistaaten verlangen in solcher Weise, daß die Geschwornen die ganze Strafe bestimmen, also z. B. die Dauer des Gefängnisses, den Betrag der Geldbuße u. s. f. [2]) In einzelnen

---

[1]) In der kritischen Zeitschrift, Bd. VII, S. 172.

[2]) In der angeführten Zeitschrift, Bd. VIII, S. 177.

nordamerikanischen Staaten, z. B. in Newyork und Tenessee, entscheiden die Geschwornen selbst über die Größe der an den Verletzten zu bezahlenden Entschädigung. Crawford, welchen die englische Regierung zur Beobachtung der nordamerikanischen Strafrechtspflege und Strafanstalten nach Nordamerika gesandt hatte, beklagt es in seinem im Jahr 1834 erstatteten Berichte natürlich, daß die Geschwornen die Strafe bestimmen, da gleichförmige Entscheidungen wegen der großen Verschiedenheit der Ansichten der Geschwornen, oder vielmehr wegen ihres Hanges zur willkürlichen Milde nicht anzutreffen sind. In dem Cantone Zürich werden sich durch die Bestimmung der Qualification des Verbrechens und durch die Empfehlung des Angeklagten zur Gnade die Geschwornen gewiß immer mehr auch der Strafzumessung bemächtigen, wenn sie nur erst mehr ihrer Rechte, ihrer Macht und ihres Einflusses sich bewußt geworden sind. Nichts ist geeigneter, die Wahrheit, daß zu einem guten Richter nicht bloß gesunder Menschenverstand, sondern auch juristische Bildung und Erfahrung gehöre, zu beleuchten und zu bestätigen, als nachfolgende, in dem Cantone Zürich dem aufmerksamen Auge bei jeder Schwurgerichtssitzung bemerkbare Erscheinung. In den Schwurgerichtssitzungen, welche regelmäßig fünf bis sechs Tage dauern und bei denen die im Anfange der Sitzung ausgeloosten Geschwornen bis zum Ende derselben unverändert bleiben, benehmen sich die Geschwornen am ersten Tage mit der höchsten Unbeholfenheit, Unkenntniß und Erfahrungslosigkeit, welche Mängel sie aber mit jedem Tage, besonders unter Leitung eines tüchtigen Obmanns, etwas mehr ablegen, so daß sie am letzten Tage bereits eine gewisse Gewandtheit erlangt haben. Man möchte bedauern, daß die Geschwornen gerade in dem Augenblicke aufgelöst werden, in welchem sie Einiges zu lernen anfangen, und gerade deßhalb ist auch schon vorgeschlagen worden, anstatt der vorübergehenden oder nur eine Schwurgerichtssitzung hindurch beschäftigten Geschwornen, ständige einzuführen, damit diese durch stete Uebung und Erfahrung die nöthige Festigkeit und Sicherheit, die erforderliche

Umsicht und Gewandtheit sich zu eigen machten. [1]) Sieyes hatte in der gleichen Absicht sogar den Vorschlag gemacht, daß die Geschwornen nur aus den Rechtsgelehrten gewählt werden möchten. In dem Cantone Zürich, wo alle Richter von dem Volke erwählt werden und die Amtsdauer der Richter nur eine auf einige Jahre beschränkte ist, wo ferner von rechtsgelehrten Richtern in dem Sinne, wie davon in Deutschland, Frankreich und England gesprochen worden ist und wird, gar keine Rede sein kann, weil auch die Richter durchgängig Leute des Volkes sind, mit ihm in beständiger Verbindung bleiben und durch Berufung zu der Richterstelle demselben in keiner Weise entfremdet werden, hatten die Strafgerichte längst den Charakter eines Volksgerichtes, welcher dem Geschwornengerichte seine eigentliche Bedeutung und seinen hohen Werth verleihen soll, so daß hier das Geschwornengericht nicht eingeführt werden konnte und mußte, um ein Volksgericht zu erhalten, sondern die Frage nur die ist, wie die bestehenden Volksgerichte am besten eingerichtet und besetzt werden. **Diese Volksgerichte sollen mit den besten, d. i. den einsichtsvollsten, tüchtigsten und würdigsten Bürgern besetzt werden,** und dieses ist das Einzige, was die vorliegenden Ausführungen bezwecken und worin ihnen die Zustimmung des gesammten Volkes nicht versagt werden sollte. Was im Jahr 1834 K. S. Zachariä in einer Abhandlung über den damaligen politischen Zustand der Schweiz [2]) aussprach, ist heute noch vollkommen wahr und unbedingt auf unsere Streitfrage anwendbar: „In einem gewissen Sinne kann und soll ein Jeder ein Aristokrat sein; in dem Sinne nämlich, daß ein Jeder wünschen oder verlangen kann und soll, daß die Leitung der öffentlichen

---

[1]) Vergl. *Canard*, mémoire, quels sont les moyens de perfectionner l'institution du jury, Paris an XII; Feuerbach, Betrachtungen über das Geschwornengericht, Landshut 1813, S. 138 ff.

[2]) In der angeführten kritischen Zeitschrift, Bd. VI, S. 15.

Angelegenheiten den besten, d. i. den einsichtsvollsten, tüchtigsten und würdigsten Bürgern anvertraut werde. Wer in diesem Sinne nicht ein Aristokrat ist, der ist nicht ein Demokrat, sondern ein Freund der Ochlokratie, der Pöbelherrschaft." So lange nicht für den Canton nachgewiesen werden kann, daß und aus welchem Grunde ein unerfahrner und ungebildeter Richter die verwickeltsten Rechtsfragen richtiger und unabhängiger entscheide als ein möglichst erfahrner und gebildeter, ist der Stab über das Geschwornengericht zu brechen. Nicht allein die größere Fähigkeit des Urtheils, sondern ebenso Unabhängigkeit desselben, so wie das tiefere Bewußtsein der zu erfüllenden Richterpflichten, der zu übenden Gerechtigkeit und des zu wahrenden Staatswohles wird nur bei einem beständigen Volksgerichte zu treffen sein.

b) den Angeklagten zwar schuldig erklären, aber nicht im vollen gesetzlichen Umfange, insofern sie z. B. einen niedrigern Grad des Verbrechens, anstatt Urheberschaft bloße Gehülfenschaft oder Begünstigung, anstatt absichtlichem Verbrechen nur fahrlässiges annehmen, — oder die Auszeichnung des Verbrechens, einen dasselbe qualificirenden Umstand verneinen u. s. w.

Von diesen unbegründeten theilweisen Freisprechungen, falschen Gesetzesanwendungen, gilt ganz das unmittelbar vorher Gesagte, man muß sich dieselben auch gefallen lassen und kann kein Rechtsmittel oder höchstens in ganz außerordentlichen Fällen dagegen gebrauchen. Um so weniger könnte in dem Cantone Zürich in solchen Fällen ein Rechtsmittel, die Nichtigkeitsbeschwerde, versucht werden, als § 252 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren die Geschwornen berechtigt, von sich aus oder unbefragt ihrer Antwort die Erklärung beizufügen, daß eines der in dem § 46, Satz 2, §§ 63 und 65 des Strafgesetzbuches aufgezählten Verhältnisse als vorhanden und somit die Strafbarkeit der eingeklagten Handlung als ausgeschlossen zu betrachten, oder daß nach ihrer Ansicht die Handlung aus einem mildern Gesichtspunkte aufzu-

fassen sei. Durch diesen außerordentlich wichtigen, von den Geschwornen bis jetzt aber kaum gekannten oder verstandenen § 252 werden ihnen bezüglich der Qualification des Verbrechens annähernd dieselben Befugnisse, dieselbe Machtvollkommenheit ertheilt, welche die Geschwornen in England und Nordamerika besitzen und es ist unstreitig dieser Paragraph den dießfälligen englischen und nordamerikanischen Gesetzen entlehnt. **Von sich aus** können darnach die Geschwornen den des Mords Angeklagten nur des Todschlages oder der fahrlässigen Tödtung für schuldig erklären, oder beifügen, daß der Angeklagte im Zustande der Nothwehr oder in einer unverschuldeten Verwirrung der Sinne gehandelt habe, — den der Brandstiftung ersten Grades Angeklagten der Brandstiftung zweiten, dritten oder vierten Grades oder nur der fahrlässigen Brandstiftung, — den des ausgezeichneten Betruges oder Diebstahls Angeklagten nur des einfachen Betruges oder Diebstahles, — den des betrüglichen Bankerottes Angeklagten nur des leichtsinnigen Bankerottes schuldig finden, — die Anklage auf Urheberschaft verneinen und dafür bloße Gehülfenschaft oder Begünstigung als vorhanden aussprechen, — die Anklage auf vollendetes Verbrechen verwerfen und nahen oder entfernten Versuch annehmen u. s. w. Darin weicht allein das zürcherische Gesetz, vielleicht unwillkürlich oder nur durch eine unklare oder schlechte Abfassung des § 207, von dem englischen und den nordamerikanischen Gesetzen, besonders demjenigen von Newyork ab, daß darnach die Geschwornen auch auf ein ganz anderes milderes Verbrechen übergehen können, wenn dasselbe nur in demjenigen mitenthalten war, worauf die Anklageacte ging [1]). Es können also z. B. die Geschwornen anstatt Raubes Diebstahl oder unerlaubte Selbsthülfe, anstatt Diebstahls Unterschlagung, anstatt Nothzucht Erregung öffentlichen Aergernisses, anstatt Kindesmordes Verheimlichung der Niederkunft, anstatt Münzfälschung Münzvergehen, anstatt Hoch-

---

[1]) Vergl. Mittermaier, a. a. O., S. 449—454, 488.

verrath Landesverrätherei ersten oder zweiten Grades, anstatt Brandstiftung böswillige Eigenthumsschädigung, anstatt gerichtlicher Verleumdung falsche Verzeigung aus Unbesonnenheit oder nur außergerichtliche Verleumdung, anstatt Widersetzung gegen amtliche Gewalt Ungehorsam gegen amtliche Verfügung oder Verletzung der Amtsehre durch thätliche Beschimpfung oder unerlaubte Selbsthülfe u. s. w. aussprechen. Diese Ausdehnung der Befugnisse der Geschwornen ist nicht weiter auffallend und nur die letzte Folgerung aus dem auch in den §§ 207 und 252 des zürcherischen Gesetzes aufgenommenen Grundsatze, daß, wenn eine Handlung von verschiedenen Gesichtspunkten aus als strafbar erscheinen könne, die Geschwornen nicht an den eingeklagten schwerern Gesichtspunkt gebunden seien, sondern nach ihrer freien Ueberzeugung den mildern wählen und demnach anstatt Absicht Fahrlässigkeit, anstatt Vollendung Versuch, anstatt Urheberschaft Gehülfenschaft oder Begünstigung, anstatt des höhern Grades des Verbrechens den niedern, anstatt des ausgezeichneten Verbrechens das einfache annehmen und selbst die aus irgend einem gesetzlichen Grunde eintretende Straflosigkeit aussprechen dürfen. Es könnten Zweifel darüber erhoben werden, ob jenes Recht zur mildernden Veränderung des eingeklagten Verbrechens ausdrücklich eingeräumt werden müsse oder nicht vielmehr in dem vorgehenden Grundsatze miteingeschlossen liege, als eine bloße Folgerung sich aus ihm ergebe, in welchem letztern Falle dann der § 207 ausdehnend auszulegen wäre. Obwohl es eine gesetzliche Inconsequenz genannt werden darf, den allgemeinen Grundsatz anzunehmen und doch nicht denselben in dem Sinne der englischen und nordamerikanischen Gesetze auszudehnen, muß dennoch der § 207 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren schon im Interesse des Angeklagten, zum Schutze seiner Vertheidigung streng ausgelegt und daher den Geschwornen das Recht verweigert werden, auf ein der Gattung nach anderes Verbrechen, als eingeklagt, resp. verhandelt worden war, überzugehen; es kann nicht erlaubt werden, den Angeklagten zu einem Verbrechen zu verurtheilen, gegen welches

er sich nicht hat vertheidigen können oder zu vertheidigen keine Veranlassung hatte. Weit bedenklicher erscheint aber die mögliche ausdehnende Erklärung des § 207 und dieser ganze Paragraph in Verbindung mit §§ 251 und 252 des nämlichen Gesetzes vom höhern staatlichen Gesichtspunkte, im Verhältniß der zu erstrebenden Gerechtigkeit und zu vermeidenden Willkür und man kommt damit abermals bei dem niemals zu hebenden Grundgebrechen des Geschwornengerichtes an. Man erwäge das gewiß außerordentlich umfassende Milderungsrecht, welches durch diese Gesetzesbestimmungen auf die Geschwornen übertragen ist und das, um weise und gerecht ausgeübt werden zu können, schlechterdings die genauesten Rechtskenntnisse, besonders die vollständigste Uebersicht und Vergegenwärtigung des Strafgesetzbuches voraussetzt; da nun aber die Rechtskenntnisse den Geschwornen mangeln, müssen sie entweder darauf verzichten, jenes Milderungsrecht auszuüben, oder wenn sie es dennoch thun, kann es nur nach dem reinsten Zufalle, nach blinder Willkür geschehen. Es liegen hierüber eben so reiche als traurige Erfahrungen vor. In Frankreich sollten im Jahr 1832 die Befugnisse der Geschwornen zufolge den Anforderungen der Zeit gemäß ausgedehnt werden und daher schrieb Art. 5 des den Code d'Instruction criminelle und Code pénal abändernden Gesetzes vom 28. April 1832 vor, daß in jedem einzelnen Falle **bei Strafe der Nichtigkeit** der Schwurgerichtspräsident, nachdem er die von den Geschwornen zu beantwortenden Fragen gestellt, die Geschwornen noch besonders darauf aufmerksam zu machen habe, daß, wenn sie mit mehr als sieben Stimmen glauben, es bestehen zu Gunsten eines oder mehrerer schuldig erkannten Angeklagten mildernde Umstände, sie dieses mit der Formel zu erklären haben: „Mit mehr als sieben Stimmen erklären die Geschwornen, es sind zu Gunsten dieses Angeklagten mildernde Umstände vorhanden (»En toute matière criminelle, même en cas de récidive, le président, après avoir posé les questions résultant de l'acte d'accusation et des débats, avertira le jury, *à peine de nullité*, que, s'il

pense, à la majorité de plus de sept voix, qu'il existe, en faveur d'un ou de plusieurs accusés reconnus coupables, des circonstances atténuantes, il devra en faire la déclaration dans ces termes: »»à la majorité de plus de sept voix, il y a des circonstances atténuantes en faveur de tel accusé.««). Dieses Gesetz ist zunächst darin jedenfalls ausgezeichnet und höchst nachahmungswerth, daß, um es zu einem wirklich lebendigen und angewendeten zu machen, in dem jedesmaligen Augenblicke, in welchem dasselbe möglicher Weise zur Anwendung gebracht werden kann, der Schwurgerichtspräsident die Geschwornen daran zu erinnern hat. In dem Cantone Zürich, wenn dieselben nicht in den Parteiverhandlungen zufällig zur Sprache gekommen, sind in der Regel die Rechte und Befugnisse, welche den Geschwornen gesetzlich zustehen, den letztern völlig unbekannt und werden und können daher von ihnen nicht benutzt werden, weil der Schwurgerichtspräsident nicht verpflichtet ist, sie entweder bei der Eröffnung der Schwurgerichtssitzung im Allgemeinen oder in jedem einzelnen Falle besonders darüber zu unterrichten, und weil sie selbst durch Nachlesen des neuen Gesetzes betreffend das Strafverfahren sich nicht unterrichtet haben und unterrichten konnten. Hätte man mit nur einiger Ueberlegung und Berücksichtigung der Verhältnisse das Geschwornengericht in dem Cantone Zürich eingeführt, mußte wenigstens verordnet werden, es sei eine kurze und gemeinverständliche Zusammenstellung der gesetzlichen Rechte und Pflichten der Geschwornen abzufassen und bei Strafe der Nichtigkeit des ganzen Verfahrens dieselbe bei dem Beginne einer jeden Schwurgerichtssitzung durch den Schwurgerichtspräsidenten oder Schwurgerichtsschreiber zu verlesen und einem jeden Geschwornen in einem Exemplare zu übergeben, außerdem aber in dem Berathungszimmer der Geschwornen anzuschlagen, damit sie dieselben niemals aus dem Auge verlieren und stets sorgfältig darnach handeln. Eine derartige Vorschrift wäre selbst da zweckmäßig, wo das Geschwornengericht schon seit Jahrhunderten besteht und mit dem ge-

sammten Volksleben innig verwachsen ist; aber ohne den größten Nachtheil darf diese Vorschrift dort nicht unterlassen werden, wo das Geschwornengericht bisher völlig unbekannt war und erst ganz neu eingeführt werden soll, Gelehrte und Ungelehrte alle darauf bezüglichen Begriffe und Gesetze sich mit einem Male aneignen müssen. Dennoch ist die Vorschrift in dem Cantone Zürich unterlassen worden, wie man z. B. auch ein neues Civilgesetzbuch eingeführt hat, ohne nur in dem Einführungsgesetze sich mit einem Worte darüber auszusprechen, ob und in welcher Weise das in Kraft tretende neue Gesetz auf die schon anhängigen Civilstreitigkeiten anzuwenden sei, so daß dieses Uebersehen jetzt das Obergericht wieder entscheiden und ergänzen muß. In dem hier vorgeschlagenen Sinne ist Art. 342 des Code d'Instr. crim. allein verfaßt worden und derselbe sagt: „Bevor zur Berathschlagung geschritten wird, liest ihnen der Erste der Geschwornen folgende Instruction vor, welche zugleich an der am meisten ins Auge fallenden Stelle ihres Zimmers in großen Buchstaben angeschlagen wird:

„Das Gesetz fordert von den Geschwornen keine Rechenschaft über die Gründe, durch welche sie sich überzeugt haben; es schreibt ihnen keine Regeln vor, von welchen sie die Vollständigkeit und Hinlänglichkeit eines Beweises hauptsächlich abhängig machen sollen: es schreibt ihnen vor, in der Stille und mit gesammeltem Gemüthe sich selbst zu fragen, und in dem Innersten ihres Gewissens zu erforschen, welchen Eindruck auf ihre Urtheilskraft die wider den Angeklagten vorgebrachten Beweise und die Gründe seiner Vertheidigung gemacht haben. Das Gesetz sagt ihnen nicht: Ihr müßt jede Thatsache für wahr halten, die von dieser oder jener Zahl von Zeugen bekundet wird; es sagt ihnen eben so wenig: Ihr dürft nicht einen Beweis als hinreichend geführt ansehen, der nicht auf diesem oder jenem Protokolle,

auf diesen oder jenen Urkunden, auf so und so viel Zeugen oder Anzeichen beruht; es richtet an sie nur die einzige Frage, welche den ganzen Umfang ihrer Pflichten in sich schließt: Seid Ihr innigst überzeugt? — Sehr wesentlich ist es, nicht aus den Augen zu verlieren, daß die ganze Berathschlagung der Geschwornen sich auf den Anklageakt beschränkt; die Thatsachen, welche demselben zu Grunde liegen, und damit in Verbindung stehen, sind es, auf welche sie ausschließlich ihr Augenmerk zu richten haben; sie fehlen gegen ihre erste Pflicht, wenn sie an die Verfügungen der Strafgesetze zurückdenken, und die Folgen in Betracht ziehen, welche die von ihnen abzugebende Erklärung in Beziehung auf den Angeklagten haben mag. Ihr Beruf hat weder die Verfolgung, noch die Bestrafung der Vergehen zum Gegenstande; sie sind nur berufen, zu entscheiden, ob der Angeklagte des Verbrechens, welches man ihm zur Last legt, schuldig sei oder nicht."

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, wie höchst ungenügend und dazu noch auf dem alten Irrthume der Sonderung der That- von der Rechtsfrage beruhend diese Instruction sei; in gerade entgegengesetzten Ansichten mußte die Instruction entworfen werden. Noch weit untauglicher als diejenige des Code d'Instr. crim. ist die von Phillips in dem oben angeführten, durch Comte in das Französische übersetzten Werke vorgeschlagene Instruction für die Geschwornen (bei Comte S. 493—497), ja sie darf als ein Muster einer Instruction bezeichnet werden, wie sie nicht sein soll. Einige der 24 Artikel dieser Instruction mögen genügen:

I. „Da das größte Unglück der bürgerlichen Gesellschaft in der Unterdrückung unter der Zustimmung, dem Scheine und den Formen der Gerechtigkeit besteht, beruhen das Vertrauen der Nation und die

einzige Hoffnung der Angeklagten und der Personen, welche den Schutz der Gesetze anrufen, auf dem gesunden Verstande, der Redlichkeit und Festigkeit der Großen und der Kleinen Jury."

13. „Jeder Geschworne soll sich die wesentlichen Punkte des Falles aufzeichnen, reiflich die von der einen und andern Partei beigebrachten Beweise erwägen und nach seinem Gewissen über Recht und Unrecht entscheiden, sich sorgfältig wahrend gegen die Vorurtheile und Verkehrtheit der Advocaten und der Richter."

23. „Allem voraus geht die schwere, aber heilige Pflicht der Geschwornen, sich zu verwahren gegen die Sophismen und die ungesetzliche Dazwischenkunft der Richter, die in unglücklichen Zeiten nicht nur die Geschwornen irreleiten oder ihnen ihre Ansichten aufdrängen, sondern die selbst sie zu befragen und zu tadeln wagen. Der Richter ist ermächtigt, das Gesetz zu erläutern, aber nicht, den Wahrspruch der Geschwornen zu dictiren; er soll geachtet werden, jedoch Gehorsam ist man ihm in keiner Weise schuldig."

Die den Geschwornen zu ertheilende Instruction soll sich fern von allen rednerischen Floskeln halten und nur die gesetzlichen Pflichten und Rechte eröffnen; je mehr dieses mit den eigenen Worten des Gesetzes geschieht, desto besser. Die Instruction darf nur die Erläuterung des von den Geschwornen abzulegenden Eides sein und beide müssen durchaus zusammenstimmen. Nach dem neuen Gesetze des Cantons Zürich vom 29. Herbstmonat 1852 betreffend die Organisation der Rechtspflege § 80 haben die Geschwornen diesen Eid zu schwören: „Ihr schwöret vor Gott und vor den Menschen, mit der größten Aufmerksamkeit die Anschuldigungen, welche gegen den Angeklagten erhoben werden, zu prüfen; bei Eueren Verrichtungen weder durch Eigennutz noch durch Schwäche, weder durch Furcht noch durch Hoffnung, weder durch Zuneigung noch durch Haß Euch leiten zu lassen; weder die öffentlichen Interessen noch diejenigen des Angeklagten preiszugeben; Euern Entscheid einzig auf die Verhandlungen zu gründen und Euerm Gewissen und Euerer Ueberzeugung gemäß mit derjenigen

Festigkeit und Unbefangenheit zu handeln, die einem freien und rechtschaffenen Manne geziemen; über den Gegenstand des Processes mit Niemandem außer mit den übrigen Geschwornen Rücksprache zu nehmen, so lange nicht die Jury ihren Spruch eröffnet haben wird; endlich die Art, wie die Geschwornen gestimmt haben, geheim zu halten." — Die zürcherischen Schwurgerichtspräsidenten würden die fehlerhafte Gesetzgebung theilweise vergessen machen, wenn sie in ihren Eröffnungsreden, den Geschworneneid, die Aufgabe der Geschwornen, die Rechte und Pflichten derselben nach und nach erschöpfend erörterten und jedes Mal ohne Ausnahme passend überblickten, anstatt leere Worte über das Wurzeln des noch wurzellosen neuen Verfahrens abzulesen und etwa drucken zu lassen. Die Eidesformel des zürcherischen Gesetzes ist übrigens für einen eindrucksvollen Eid zu lang, und für eine Instruction der Geschwornen wieder zu kurz. Die Eidesformel z. B. des hannoverischen Gesetzes [1]) vom 24. December 1849 lautet kürzer und besser also: „Sie schwören bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, den gerichtlichen Verhandlungen mit voller Aufmerksamkeit zu folgen, die vorgebrachten Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise zu prüfen, mit Niemandem, außer mit ihren Mitgeschwornen über den zu ertheilenden Ausspruch Rücksprache zu nehmen und diesen ihren Ausspruch nach ihrem Gewissen und der durch die Verhandlungen in ihnen begründeten freien Ueberzeugung ohne Haß, Gunst oder Ansehen der Person abgeben zu wollen." —

Obschon in dem Vorgehenden eine gute Seite des französischen Gesetzes vom 28. April 1832 hervorgehoben worden ist, hat dasselbe doch den davon gehegten Erwartungen sonst keineswegs entsprochen, indem es schnell insofern in unerhörtem Maße mißbraucht wurde, daß die Geschwornen das Vorhandensein mildernder Umstände mit der größten Willkür und ohne allen Grund in fast der Mehrzahl der Fälle aus-

---

[1]) Bei Leonhardt, a. a. O., I. Bd., S. 57.

ausgezeichneten Diebstahls beurtheilten Jakob Schneider von Kriens wurde der Betrag entgegen der Expertenschatzung und der Anklage auf 100 Franken herabgesetzt, weil der Damnificat selbst für die gestohlenen Gegenstände nur 133 Franken bezahlt hatte und dieselben Schneider zugleich hatte verarbeiten lassen, so daß ein gewisser Arbeitslohn in dem bezahlten Kaufpreise mitenthalten und abzurechnen war.

c) sie ohne genügenden Beweis schuldig sprechen, einen Unschuldigen verurtheilen.

Obwohl man das Geschwornengericht als das Palladium der Freiheit und der Unschuld anzupreisen pflegt, sind dennoch ungerechte Verurtheilungen bei den Geschwornen gar nicht selten, ja in England und in Frankreich zur Zeit der Revolution sind die Geschwornen zur Ausübung des höchsten Unrechts, des grausamsten Despotismus gebraucht worden. So eben ist in dieser Beziehung eine kleine Schrift erschienen, welche höchst belehrend ist und von Niemand, der sich um die Sache bekümmert, ungelesen gelassen werden sollte, nämlich „Die französischen Revolutionstribunale und das Geschwornengericht, von Adolf Buchner, Erlangen 1854". Trotz des Widerstandes der Gironde errichtete auf Andrängen des Pariser Gemeinderathes und der Jakobiner der Nationalconvent am 9. März 1793 in Paris nach dem Vorschlage von Levasseur einen außerordentlichen Staatsgerichtshof mit Geschwornen, dem bald darauf der Namen „Revolutionstribunal" (*tribunal révolutionaire*) beigelegt wurde, um ohne Appell und Recurs an den Cassationshof alle Verräther, Verschwörer und Gegenrevolutionäre zu beurtheilen, und dieser Staatsgerichtshof hat bis zum 31. Mai 1795, dem Tage seiner Wiederaufhebung, Ströme des ungerechtesten Blutes durch viele tausend willkürliche Schuldigerklärungen und Todesurtheile vergossen. In dem Antrage auf Aufhebung des Tribunals sagte am 31. Mai 1795 Forcher im Nationalconvente von ihm: „Geschaffen unter dem sichtbaren Vorwand, die öffentliche Freiheit zu schützen, lenkte dieß Tribunal rasch seine Wirksamkeit

auf den geheimen Zweck, den die sich gesetzt hatten, welche es hatten annehmen lassen. Man hatte ihm das verbrecherische Amt anvertraut, **den Triumph der siegreichen Factionen auf den Trümmern euerer Leichen und derer aller Freunde von Ordnung und Gesetz zu gründen.** O, wie hat es sich dieser schrecklichen Aufgabe würdig gemacht! Dieser Saal, beraubt unserer tugendhaften Collegen, welche unsere Seufzer vergebens zu uns zurückrufen; Frankreich, entvölkert von den rechtschaffensten, unterrichtetsten und energischsten Menschen, getödtet zu Tausenden; die unerschrockensten Vertheidiger der Rechte des Volks in den zwei Versammlungen, die uns vorangingen, unmenschlich zum Tode gebracht, Thouret, zum Schaffot gehend mit Deprésmenil, — braucht es mehr, um in unsern Augen die Unterdrückung dieses Tribunals zu motiviren?" — Um eine Vorstellung von dem grausamen Wirken des Revolutionstribunales zu erhalten, erwäge man, daß dasselbe vom 10. März 1793 bis 10. Juni 1794 zum Tode 1296 Personen verurtheilte und von da bis zum 27. Juli 1794 1400; frei sprach es in dem letztern Zeitraume 296 Personen. Auf die einzelnen Tage vom 11. Juni 1794 bis 27. Juli 1794 vertheilen sich die Verurtheilungen und Freisprechungen also:

Am	11.	Juni	zum	Tode	verurtheilt	22,	frei	gesprochen 4.
"	12.	"	"	"	"	17,	"	" 8.
"	13.	"	"	"	"	22,	"	" 5.
"	14.	"	"	"	"	38,	"	" 4.
"	15.	"	"	"	"	18,	"	" 13.
"	16.	"	"	"	"	43,	"	" Niemand.
"	17.	"	"	"	"	61,	"	" 2.
"	19.	"	"	"	"	17,	"	" 3.
"	20.	"	"	"	"	38,	"	" 2.
"	21.	"	"	"	"	40,	"	" 8.
"	22.	"	"	"	"	15,	"	" Niemand.
"	23.	"	"	"	"	19,	"	" 7.

Am	24.	Juni	zum	Tode	verurtheilt	25,	frei	gesprochen	2.
"	25.	"	"	"	"	44,	"	"	7.
"	26.	"	"	"	"	48,	"	"	4.
"	27.	"	"	"	"	28,	"	"	8.
"	29.	"	"	"	"	20,	"	"	5.
"	30.	"	"	"	"	24,	"	"	6.
"	1.	Juli	"	"	"	14,	"	"	13.
"	2.	"	"	"	"	30,	"	"	3.
"	3.	"	"	"	"	19,	"	"	16.
"	4.	"	"	"	"	26,	"	"	5.
"	5.	"	"	"	"	28,	"	"	4.
"	6.	"	"	"	"	30,	"	"	9.
"	7.	"	"	"	"	76,	"	"	5.
"	9.	"	"	"	"	60,	"	"	2.
"	10.	"	"	"	"	44,	"	"	11.
"	11.	"	"	"	"	6,	"	"	17.
"	12.	"	"	"	"	24,	"	"	16.
"	13.	"	"	"	"	38,	"	"	9.
"	14.	"	"	"	"	30,	"	"	15.
"	15.	"	"	"	"	29,	"	"	Niemand.
"	16.	"	"	"	"	31,	"	"	13.
"	17.	"	"	"	"	40,	"	"	11.
"	19.	"	"	"	"	29,	"	"	5.
"	20.	"	"	"	"	14,	"	"	29.
"	21.	"	"	"	"	28,	"	"	16.
"	22.	"	"	"	"	46,	"	"	7.
"	23.	"	"	"	"	55,	"	"	15.
"	24.	"	"	"	"	37,	"	"	Niemand.
"	25.	"	"	"	"	38,	"	"	7.
"	26.	"	"	"	"	53,	"	"	2.
"	27.	"	"	"	"	45,	"	"	2.

Auf welche Weise die Geschwornen diese außerordentliche Anzahl von täglichen Todesurtheilen in Paris möglich gemacht haben, hat besonders die am 18. December 1794 gegen den berüchtigten Fouquier-Tinville, als gewesenen öffentlichen Ankläger beim Revolutionstribunale, so wie gegen die ehemaligen Richter und Geschworne bei diesem Tribunale, vor dem Revolutionstribunale selbst wieder, begonnene und erst am 6. Mai 1795 nach einer eingetretenen Unterbrechung beendigte Schwurgerichtsverhandlung bewiesen. In der dießfälligen Anklageacte wurde den ehemaligen Geschwornen gegenüber also geklagt: „Die erhabene Einrichtung der Geschwornen soll der Gegenstand der Verehrung für alle Bürger sein. Die Ausübung dieser Einrichtung würde bald nur noch Mordwaffe sein, wenn Geschworne mit Hülfe dieses geheiligten Titels ungestraft jede Art von Verbrechen begehen könnten bei der öffentlichen und geheiligten Ausübung ihrer Amtspflichten. Nicht an Irrthümern, leider unzertrennlich von dem Menschsein, muß man das Verbrechen erkennen, sondern an dem offenbaren Mißbrauch, an der beständigen und öffentlichen Verletzung der durch das Gesetz vorgezeichneten Pflichten, an dem barbarischen Spiele, das ein Geschworner mit dem Leben seiner Mitbürger treibt, wären diese selbst schuldig; endlich an der Sittenlosigkeit dieser Menschen, welche verloren in Wein und Ausschweifungen unterschiedslos ihre schuldvolle Wildheit auf die unglücklichen Opfer richten, deren Loos in ihre Hände gelegt ist. Wenn es wahr ist, daß ein Geschworner Niemandem Rechenschaft schuldet über die Gründe, welche seine Ueberzeugung bestimmt haben können, so könnte man doch nichts Absurderes behaupten, als: man könne sich überzeugen ohne irgend eine Grundlage, ohne Schriftstücke, ohne Zeugen, ohne die Angeklagten zu sehen oder sie und Das zu hören, was sie zu ihrer Vertheidigung sagen können. Die Ueberzeugung ist eine Wirkung, welche eine Ursache voraussetzt; ohne solche gibt es keine Ueberzeugung; wer hievon verschieden denkt und handelt, mordet anstatt zu richten, und sicherlich fordert das Gesetz nicht dazu die Ableistung des Eides,

um den Geschwornen die Freiheit zu lassen, ungestraft meineidig zu sein. — Hiernach wird der öffentliche Ankläger die angeklagten Geschwornen fragen, ob sie die ihnen vom Eid auferlegte Pflicht erfüllt haben, 1) wenn sie den Angeklagten und ihren Vertheidigern, welche noch Nichts zur Vertheidigung hatten sagen können, das Wort abschnitten, unter dem Vorwand, daß sie genügend unterrichtet wären, obgleich das Scheinbild der Verhandlungen oft nur anderthalb Stunden gedauert hatte, während es doch sechszig Angeklagte oder mehr waren; 2) wenn, in ihr Berathungszimmer eingetreten, sie dort Fouquier und Andere empfingen, beschuldigt, ihre Meinungen geleitet und beeinflußt zu haben, oder wenn sie daraus herausgingen, um sich mit fremden Personen zu unterhalten; 3) wenn sie in den Sitzungssaal, fünf oder sechs Minuten nach ihrem Weggehen daraus, zurückkehrten, um dort ihre Abstimmung oft über eine so beträchtliche Masse von Angeklagten zu geben, daß die Zeit der Sitzung nicht genügt hatte, sie nach Vornamen, Zunamen, Alter, Gewerbe und Wohnort zu fragen; 4) wenn sie eine einzige Erklärung über alle Angeklagten in Masse abgaben, ohne über die Handlungen der einzelnen Angeschuldigten zu entscheiden; 5) wenn sie den Sohn statt des Vaters, den Vater statt des Sohnes überführt erklärten, obgleich es unmöglich war, sich über die Verschiedenheit der Personen bei der großen Verschiedenheit der Alter zu täuschen; 6) wenn sie mehr Angeklagte für überführt erklärten, als überhaupt in der Sitzung, ja sogar in der Anklageacte waren; 7) wenn sie über Anklageacte sprachen, die bald mit Ausstreichungen, Zwischenzeilen und Einschaltungen angefüllt waren, bald Nichts als die gewöhnliche Einleitung enthielten und wo die Erzählung noch unausgefüllt war, bald ohne angeordnet zu sein und oft ohne daß man ihnen irgend ein Schriftstück mitgetheilt oder Zeugen vor ihnen verhört hatte; 8) wenn sie sagten, daß, wenn keine Verbrechen da seien, man sich deren einbilden müsse; 9) wenn sie sagten, daß sie, um überzeugt zu werden, die Angeklagten nur anzusehen brauchten; 10) wenn sie bei ihrem

Orgien, die sie mit Fouquier begingen, sie mit wilder Freude die Zahl der Schlachtopfer zählten, welche jede Decade abgefertigt werden müßten; 11) wenn sie ihre Feinde denuncirten, arretirten und arretiren und dem Revolutionstribunal überliefern ließen, um nachher troß der Ablehnungen, welche die Angeschuldigten ihnen entgegensetzen konnten, über sie zu urtheilen; 12) wenn sie sagten, daß um ihre Erklärung zu geben, sie nur den Buchstaben zu sehen brauchten, welcher neben dem Namen stehe [1]); 13) wenn sie sich rühmten, nie anders als für den Tod gestimmt zu haben, indem sie gegen die Geschwornen, welche ihnen nicht nachahmten, heftig wurden; 14) wenn sie, zur Sitzung gehend, sagten, sie gingen »*faire feu de file*«, daß die ganze Finanz, die Priester und die Adeligen da abgefertigt werden müßten; 15) wenn verzweifelnd, die Festigkeit der zum Tode Verurtheilten zu sehen, sie sagten, daß — wären sie öffentliche Ankläger — sie den Angeklagten vorher zur Ader lassen würden, damit sie nicht solche Festigkeit bewiesen; 16) wenn das Ergebniß ihrer Thätigkeit so viele Personen zum Tode geschickt hat, daß die Zahl nicht bekannt ist, über die man aber urtheilen kann, wenn man ungefähr 1300 Verurtheilungen in weniger als fünf Decaden sieht, durch 83 Urtheile, deren Mehrzahl nur den Namen Urtheil trägt, ohne ihn zu verdienen; 17) wenn, ohne lesen und schreiben zu können, sie die wichtigen Stellen als Geschworne annahmen, sie, von denen einige ihre Functionen in einem beständigen Zustand der Trunkenheit erfüllten; 18) wenn sie endlich Verbindungen und Korrespondenzen mit den Verschwörern unterhielten, welche unter dem Schwert des Gesetzes fielen und die sie zu Geschwornen hatten ernennen lassen.“ — Diese amtlichen und durch die Ergebnisse der

---

[1]) Fouquier-Tinville setzte nämlich auf die Anklageacte vor die Namen derjenigen Angeklagten, welche er unter allen Umständen durch die Geschwornen schuldig erklärt wissen wollte, einen bestimmten Buchstaben.

nachfolgenden Verhandlungen in allen wesentlichen Theilen vollständig erwiesenen Anschuldigungen bieten gewiß reichen Stoff zum Nachdenken über das Geschwornengericht als „das Palladium der Freiheit und der Unschuld". – Es ist nur noch anzureihen aus dem von Robespierre durchgesetzten Decrete des Nationalconventes vom 10. Juni 1794 über die Neugestaltung des Revolutionstribunales die Vorschrift hinsichtlich des erforderlichen Beweises: „Der Beweis, nothwendig um die Feinde des Volkes zu verdammen, ist jede Art von Beweismitteln (documens) — materiell oder moralisch, mündlich oder schriftlich —, welche natürlicher Weise den Beifall jedes gerechten und vernünftigen Geistes erhalten kann. Die Regel der Entscheidungen ist das Gewissen der durch ihre Vaterlandsliebe aufgeklärten Geschwornen, ihr Ziel der Triumph der Republik und der Untergang von deren Feinden, das Verfahren die einfachen Mittel, welche der gesunde Menschenverstand zeigt, um zur Erkenntniß der Wahrheit zu gelangen, in den Formen, welche das Gesetz bestimmt." — Nur einen Trost gewährt die Betrachtung der greuelhaften Geschichte des Revolutionstribunales, daß es Danton und Robespierre und alle die Andern, die es geschaffen haben, sammt der Mehrzahl seiner Richter und Geschwornen selbst zum Tode verurtheilt und geführt hat. Was aber mögen wohl die Girondisten und unter ihnen vorzüglich der edle Barnave, diese eifrigen Lobredner und Beförderer der Geschwornen, gedacht und gefühlt haben, als sie durch dieselben auf das Blutgerüst gesandt wurden? In der constituirenden Nationalversammlung sprach einst Barnave: „Die Geschwornen sind nothwendig für die Freiheit. — Die Menschen, in Gesellschaft lebend, haben erkannt, daß die stärksten Angriffe gegen die Freiheit durch die Richtergewalt gemacht wurden. Um diese Macht zu brechen, hat man die Geschwornen eingeführt."

Wenn das französische Revolutionstribunal mit seinen Schrecken etwas weitläufiger besprochen wurde, geschah es in der bestimmten Absicht, an einem der Zeit nach sehr nahe liegenden geschichtlichen Beispiele zu zeigen, wie

hohl und schaal die Theorie sei, daß das Geschwornengericht eine sichere Schutzwehr gegen Willkür und Unrecht bilde. Um dabei in keiner Weise von der Wahrheit abzuweichen und die Masse der Todesurtheile noch etwas erklärlicher zu machen, sei übrigens noch bemerkt, daß nach dem Umänderungsgesetze vom 10. Juni 1794 in Paris das Revolutionstribunal in vier Abtheilungen mit vierfachen Geschwornen saß und richtete, jedoch nur mit einem öffentlichen, Alles leitenden Ankläger (Fouquier-Tinville) nebst vier Substituten. Indessen handelten alle vier Abtheilungen mit der höchsten Eile und Oberflächlichkeit und man hatte berechnet, daß in einem Falle keine zwei Minuten Berathung auf einen Angeklagten kamen; ja es ist geschehen, daß nach Berathung von einer halben Stunde **oft** vierzig bis fünfzig zum Tode geschickt wurden, während bloß das Lesen der Nomenclatur mehr Zeit, das der Schriftstücke aber mehrere Tage gedauert hätte. Ein in dem Processe von Fouquier-Tinville und Mitangeklagten einvernommener Zeuge hörte mehrere Geschworne, die sich aus dem Sitzungssaal in ihr Zimmer zurückzogen, sagen: sie thäten es nur zum Scheine, ihre Ueberzeugung sei gebildet, und die Sache der Angeklagten werde bald erledigt sein. Oefter wahrten sie nicht einmal diesen Schein; sie warteten in einem Corridor nur das Abführen der Angeklagten ab, um ihren Spruch zu verkündigen. Zuletzt verließen sie noch nicht einmal ihre Sitze! Indessen sei zugegeben, daß die Geschwornen des Revolutionstribunales mit Bewußtsein und unter dem Einflusse der politischen Leidenschaften schlecht handelten und dieses schlechte Bewußtsein, dieses absichtliche Unrecht nicht bei den gewöhnlichen Geschwornen, besonders des Cantons Zürich, vorausgesetzt werden dürfe. Die Geschwornen des Cantons Zürich werden, wenn nicht abweichende und ungewöhnliche Umstände eintreten, nur aus Irrthum oder Unkenntniß den Unschuldigen verurtheilen. Es ist dieses die möglichst milde Auffassung der Verhältnisse und dennoch ist sie beunruhigend genug. Der Erfahrne könnte seine Ansicht in den Ausspruch fassen, daß der

Schuldige das Geschwornengericht niemals zu fürchten habe, sondern noch hoffen könne, durch irgend einen glücklichen Zufall der Kurzsichtigkeit oder Gemüthlichkeit, der Milde und Gnade losgesprochen zu werden, wogegen der Unschuldige in der Gefahr steht, auf bloßen Schein hin schuldig erklärt zu werden. **Nur dem Unschuldigen ist das Geschwornengericht gefährlich und furchtbar!** Wer das Geschwornenverfahren aus eigener Anschauung oder aus der Geschichte kennt, wird einräumen, daß bei diesen ungelehrten, nur dem augenblicklichen Eindrucke, hervorgebracht vielleicht bloß durch einen Zeugen oder ein letztes Actenstück, heimgegebenen Richtern **irrige oder ungerechte** Schuldigerklärungen eben so möglich als erklärlich seien, weßhalb man überall auf Mittel und Wege sann, solche Schuldigerklärungen wirkungslos zu machen und wieder aufzuheben. Eines dieser Mittel hat das neue zürcherische Gesetz mit fast allen ähnlichen Gesetzen, z. B. Code d'Instruction criminelle Art. 352 [1]) und dem oben angeführten hannoverischen Gesetz § 193, in § 263 aufgenommen: „Wenn das Gericht einstimmig der Ansicht ist, daß die Geschwornen sich zum Nachtheil des Angeschuldigten geirrt haben, so

---

1) Art. 352: „Sind außer dem in dem vorgehenden Artikel vorhergesehenen Falle die Richter einstimmig überzeugt, daß die Geschwornen, obgleich sie die Formen beobachtet, sich in der Sache selbst geirrt haben, so erklärt der Gerichtshof, daß die Entscheidung ausgesetzt bleiben soll, und verweist die Sache an die nächste Session, damit sie einem neuen Geschwornengerichte vorgelegt werde, zu welchem keiner der ersten Geschwornen gehören darf. Niemand hat das Recht, diese Maßregel in Anregung zu bringen; der Gerichtshof kann sie nur von Amts wegen unmittelbar nach öffentlich verkündigtem Ausspruche der Geschwornen verordnen, und nur in dem Falle, wo der Angeschuldigte für überführt, niemals dann, wenn er nicht für schuldig erklärt worden ist. Der Gerichtshof ist gehalten, unmittelbar nach dem Ausspruche des zweiten Geschwornengerichtes zu erkennen, wenn derselbe auch mit dem ersten übereinstimmt."

wird der Fall an ein zweites Schwurgericht gewiesen, dessen Wahrspruch dann dem Urtheil zu Grunde gelegt werden muß." Um nach Leonhardt, die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover, Bd. I, S. 179, gegen die Verurtheilung eines Unschuldigen durch die Geschwornen einige Sicherheit zu geben, ist diese Vorschrift nicht nur durchaus zu billigen, sondern ganz unentbehrlich, dennoch aber liegt in der Vorschrift die unbestreitbare Anerkennung, daß Dasjenige, was man sonst mit so großer Zuversicht von dem Geschwornengerichte rühmt, im Grunde unwahr oder doch wenigstens höchst unzuverlässig sei. Der gesunde Menschenverstand der zwölf Geschwornen findet also nicht immer das Wahre und Rechte und kann sich leicht irren, weßhalb die Geschwornen der Beaufsichtigung des gelehrten, nur aus drei Mitgliedern bestehenden Gerichtes oder, wie in England, des einzigen gelehrten und vorsitzenden Lord Oberrichters unterworfen werden; das Urtheil von drei Richtern oder gar nur das Urtheil des einzigen Richters wird dem Urtheile der zwölf Geschwornen vorgezogen und mit Recht, weil man den gelehrten Richtern die größere Fähigkeit zuschreibt, die Wahrheit zu finden. Die Folgerichtigkeit würde dazu führen, den gelehrten Richtern die Urtheilsfällung ausschließlich zu übertragen und dieselbe den fehlbaren Geschwornen ganz zu entziehen; statt dessen sollen die Geschwornen zum zweiten Mal urtheilen und ihr dannzumaliger Ausspruch vollzogen werden, wenn er auch noch so irrig wäre. Um so eher sollten von Anfang an die **möglichst tüchtigen** Richter bestellt werden, als das Schwurgericht von der Befugniß, das Strafurtheil auszusetzen und den Angeschuldigten vor ein neues Geschwornengericht zu verweisen, nach der Lage der gesammten Verhältnisse nur selten, nur in besonders auffallenden und schreienden Fällen des durch die Geschwornen begangenen Unrechts oder Irrthums Gebrauch machen wird und darf, wie schon dadurch bestätigt wird, daß bis jetzt in dem Cantone Zürich diese Befugniß von dem Schwurgerichte noch nicht ein einziges Mal ausgeübt wurde, während man kaum alle Wahrsprüche der Geschwornen als

unbedingt richtig wird bezeichnen wollen. In der Mehrzahl der Fälle wird das Schwurgericht seine Zweifel an der Richtigkeit des Wahrspruches der Geschwornen unterdrücken und sich selbst zu bereden suchen, daß die Geschwornen doch wahr geurtheilt haben mögen, zugleich aber sein eigenes Gewissen durch ein milderes oder das mildeste Strafurtheil wahren und beruhigen. Der § 263 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren hat also mehr eine bloß theoretische als praktische Bedeutung und im wirklichen Leben gibt es wider die Irrthümer und verkehrten Urtheile der Geschwornen keinen oder nur einen geringen Schutz, welches eben die bedenklichste und gefährlichste Seite der ganzen Einrichtung ist und der nur dadurch entgegengewirkt werden kann, daß man in der größeren Befähigung des Richters die Möglichkeit des Irrthums entfernt.

Ein anderes oder zweites in England und Amerika vorzugsweise geübtes Mittel gegen irrige Wahrsprüche der Geschwornen besteht darin, daß der vorsitzende Richter, resp. das Schwurgericht die Geschwornen sofort nach Eröffnung ihres Wahrspruches darauf aufmerksam macht, daß sie sich geirrt haben mögen, und sie deßhalb zur nochmaligen Ueberlegung des Wahrspruches in das Berathungszimmer zurücksendet; verbleiben dann dessen ungeachtet die Geschwornen bei ihrem Wahrspruche, setzt der Richter je nach Umständen das Urtheil aus, bringt die Sache an das höhere Gericht oder bewirkt deren Ueberweisung an ein neues Geschwornengericht, wenn er nicht selbst diese Ueberweisung ausspricht oder aussprechen kann. Hierauf bezieht sich nun § 262 des zürcherischen Gesetzes betreffend das Strafverfahren: „Sind die Antworten der Geschwornen sich widersprechend, unvollständig oder undeutlich, so daß sich hieraus die Thatsachen, welche der Anwendung des Strafgesetzes unterliegen sollen, nicht mit klarer Bestimmtheit ersehen lassen, so kann das Gericht auf den Antrag der Parteien oder von Amts wegen die Frage nochmals an die Geschwornen zurückweisen, worauf sie ihre Berathungen in der in § 256 ff. angegebenen Weise fortsetzen." — Diese Bestimmung ist außerordentlicher Ausdehnung und großen Mißbrauches fähig und

mit ihr kann den ungebührlichsten Einfluß auf die Entscheidungen der Geschwornen sich das Schwurgericht oder der Schwurgerichtspräsident aneignen: allein bei der Unvollkommenheit des Geschwornengerichtes wird man sich in dieselbe fügen müssen, um nicht noch größere Uebelstände zu haben. Viel häufiger wird aus nahe liegenden Gründen der § 262 als der § 263 angewandt werden, zumal damit bei dem gegenwärtigen Gerichte der Proceß zur Erledigung gebracht werden kann und nicht erst noch an ein zweites Geschwornengericht gezogen werden muß.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeschuldigten, bezüglich welcher schon oben die Hauptverfügungen des neuen Gesetzes in § 164 mitgetheilt worden sind, ist ein weiteres oder das dritte Mittel gegen die unrichtigen Wahrsprüche der Geschwornen, jedoch noch weniger praktisch oder anwendbar als die beiden ersten Mittel. Die beiden ersten Mittel haben das Gemeinsame im Gegensatze zu dem dritten, daß jene von dem Schwurgerichte oder von dem Schwurgerichtspräsidenten selbst angewendet und ausgeübt werden, wogegen das dritte von den Parteien, der Staatsanwaltschaft oder dem Privatkläger und dem Angeschuldigten, gebraucht werden muß. Hierin liegt die Veranlassung, daß von dem Gesetze nur das dritte Mittel unter den eigentlichen Rechtsmitteln aufgeführt und behandelt worden ist. Diese Nichtigkeitsbeschwerde gewährt indessen dem (unschuldig) Verurtheilten deßhalb sehr wenig wirkliche Hülfe, weil die Entscheidung der That- und Rechtsfrage innig verbunden sind und nach § 164 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren der Wahrspruch der Geschwornen unter keinen Umständen als thatsächlich unrichtig angefochten werden darf, mithin auch die falsche Anwendung des materiellen Strafgesetzes unangefochten fortbesteht. Es ist hoch zu bezweifeln, ob der Verfasser des § 164 sich eine klare Vorstellung davon gemacht habe, wie es praktisch möglich sei, den Wahrspruch der Geschwornen wegen falscher Anwendung des materiellen Strafgesetzes als nichtig anzugreifen. Dieses ist entweder nicht oder nur sehr schwer ausführbar und daher steht nunmehr fest,

daß **der Angeklagte** gegen das ungerechteste Geschwornenurtheil kein Rechtsmittel besitzt, was ein nicht zu hebendes und höchst gefährliches Gebrechen des Geschwornenverfahrens ist. Freilich gibt der § 171 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren dem Verurtheilten in dem Wiederherstellungsgesuch noch ein Rechtsmittel an die Hand: „Gegen jedes rechtskräftige Urtheil kann, wenn dasselbe von einem Kreisgerichte ausgefällt worden ist, bei dem zuständigen Bezirksgerichte, in allen übrigen Fällen bei dem Obergerichte die Wiederherstellung in den frühern Zustand verlangt werden, wenn sich zeigt:

a) daß das Verbrechen, wegen dessen die Verurtheilung stattgefunden hat, überall nicht begangen, oder von einem Andern verübt worden ist; oder
b) daß seit der Beurtheilung ein Straferkenntniß ausgefällt wurde, das mit der erstern im unverträglichen Widerspruche steht; oder
c) daß durch ein Verbrechen auf das Ergebniß des betreffenden Strafverfahrens eingewirkt worden ist. Im letztern Falle kann gegen den freigesprochenen Angeschuldigten die Wiederherstellung nur dann zugelassen werden, wenn die Verübung jenes Verbrechens mit seinem Vorwissen stattgefunden hat“ [1]);

allein es ist einleuchtend, daß wegen der besonderen Voraussetzungen nur schwer und selten ein Wiederherstellungsgesuch eingereicht werden könne. Man sollte ein Rechtsmittel haben, welches der nach seiner Ueberzeugung unschuldig Verurtheilte sofort gegen das Geschwornenurtheil gebrauchen könnte, um seine Sache zur nochmaligen Verhandlung zu bringen und den bessern Beweis seiner Unschuld zu führen. In England hat man dieses Rechtsmittel gewissermaßen in dem Begnadigungsgesuche, welches der Richter für den nach seiner Ansicht unschuldig Verurtheilten oder der letztere selbst an den Staatssecretär richtet und worauf der letztere, um sich von der Begründetheit des Begna-

---

1) Vergl. diese Zeitschrift oben S. 206 ff.

digungsgesuches zu überzeugen, oft eine weitläufige (jedoch nicht gerichtliche) Untersuchung stattfinden läßt, oder auch das Gutachten des obersten Gerichtes einholt [1]). Auch der zur Begnadigung empfehlende Richter pflegt zur Begründung seines Antrages die erforderlichen Untersuchungen anzustellen. Muß der Canton Zürich künftig das Geschwornengericht schlechterdings behalten, begegne man wenigstens dessen Gefahren in englischer Weise, indem man den Regierungsrath ermächtigt und verpflichtet, bei gestellten Begnadigungsgesuchen die nöthigen Nachforschungen zur Ermittelung des darin den Geschwornen vorgeworfenen Irrthums oder der behaupteten Unschuld des Verurtheilten anzustellen. Es heilt hier zwar nur die Gnade die Wunden, welche die sog. Gerechtigkeit schlug, doch besser diese Heilung, als gar keine. Das schönste und unläugbarste Zeugniß für die Güte und Gerechtigkeit der bisherigen Strafrechtspflege des Cantons Zürich liegt darin, daß das Begnadigungsrecht der Gesetzgebung fast völlig unbekannt war und unbekannt sein konnte. Art. 42 der Staatsverfassung vom 10. März 1831 bestimmte einzig: „Dem Großen Rathe steht bei Todesurtheilen das Begnadigungsrecht zu. Die nähern Bestimmungen sind dem Gesetze vorbehalten.“ — Dieses Gesetz betreffend das Verfahren bei Ausübung des Begnadigungsrechtes (in Fällen von Todesurtheilen) ist am 23. Brachmonat 1831 erlassen worden (R. O. G. S. Bd. I, S. 232). Mit der Einführung des Geschwornenverfahrens erkannte man das dringende Bedürfniß, zur Aufhebung und Milderung ungerechter und harter Urtheile der Geschwornen das Begnadigungsrecht des Großen Rathes zu erweitern, und nunmehr kann nach §§ 273 und 274 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren nicht nur bei Todesurtheilen, sondern auch bei allen Urtheilen zu Ketten- und Zuchthausstrafe die Begnadigung bei dem Großen Rathe nachgesucht werden. Der durchaus neues Recht enthaltende § 274 lautet: „Die

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 526 ff. und S. 539.

Ketten- und Zuchthausstrafe kann durch den Großen Rath auf den nach Anhörung des Staatsanwaltes zu stellenden und mit einem Gutachten des Obergerichtes verbundenen Antrag des Regierungsrathes ganz oder theilweise nachgelassen oder in eine geringere Strafe umgewandelt werden. Ein hierauf bezügliches Gesuch des Verurtheilten ist an den Regierungsrath zu richten und darf, wenn es von dieser Behörde abgelehnt wird, nicht an den Großen Rath gebracht werden. Hingegen hat der Regierungsrath die Frage der Begnadigung immer dem Großen Rathe vorzulegen, wenn das Schwurgericht von sich aus oder auf Begehren der Geschwornen darauf anträgt. Bei gänzlicher Nachlassung oder Umwandlung der Ketten- oder Zuchthausstrafe ist jedes Mal zu bestimmen, ob auch der mit dieser Strafe verbundene Verlust des Activbürgerrechtes auf Lebenszeit wegfallen solle oder nicht. Das Begnadigungsgesuch hat keine aufschiebende Wirkung. Dasselbe ist innerhalb acht Wochen, von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem das Strafurtheil Rechtskraft erlangt hat, zulässig. Die Begnadigung übt keinen Einfluß auf die civilrechtlichen Folgen des Verbrechens oder des Urtheils aus. Die Beschlüsse betreffend die Begnadigung werden nicht motivirt." — Das Begnadigungsgesuch nach dieser Gestaltung ist ein förmliches Rechtsmittel und deßhalb auch an die peremtorische Frist von acht Wochen gebunden; es soll die fehlende Appellation möglichst ersetzen. Mangelhaft und bei der dereinstigen Revision des Gesetzes jedenfalls nachzuholen ist, wie schon oben berührt wurde, daß im Interesse des Unschuldbeweises von dem Regierungsrathe oder von dem Obergerichte keine weitern Erhebungen oder Untersuchungen gemacht werden müssen. Man hat zwar in England mit aller Wahrheit getadelt [1]), daß nach diesem Verfahren über Schuld und Nichtschuld ja nicht mehr die Geschwornen, die Gerichte entscheiden und anstatt Recht nur Gnade geübt werde: jedoch es gibt zur Beseitigung des Mißstandes nur zwei Wege, Zulassung der Appellation, d. h. eines

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 539 und 540.

zweiten Geschwornengerichtes, oder überhaupt Aufhebung der Geschwornen. Das Rechtsmittel eines zweiten Geschwornengerichtes (new Trial) gestatten bis jetzt noch im weitesten Umfange die nordamerikanischen Gesetzgebungen, was besonders Livingston durch seinen für Louisiana im Jahr 1825 bearbeiteten Entwurf einer Strafproceßordnung bewirkt hat. Nach diesem Entwurfe hat der Angeklagte, gegen welchen ein Wahrspruch der Schuld erging, das Recht, binnen drei Tagen ein zweites Geschwornengericht zu verlangen: 1) wenn der verhaftete Angeklagte nicht in die Gerichtsverhandlung oder zur Zeit, als der Wahrspruch ausgesprochen wurde, gebracht war; 2) oder er im Trial nicht aufgefordert war, seine Einwendungen gegen die Anklageacte oder andere Proceßhandlungen vorzubringen; 3) wenn Jemand einen Geschwornen bestochen, oder eine falsche Urkunde vorgebracht, oder einen Zeugen von der Erscheinung bei Gericht abgehalten, oder eine Urkunde, die für die Vertheidigung wichtig war, unterdrückt oder zerstört hat; 4) wenn ein neues Beweismittel entdeckt wurde, das zuvor auch bei gehöriger Sorgfalt nicht entdeckt werden konnte; 5) wenn die Jury Beweise außerhalb des Gerichts ohne Erlaubniß des letztern und ohne Zustimmung des Angeklagten erhielt, oder den Wahrspruch auf Loos gründete, oder sich trennte, ehe der Wahrspruch verkündet war; 6) wenn der Wahrspruch nach der Ansicht des Gerichts der law of evidence widerspricht; 7) wenn der Angeklagte ohne Vertheidiger abgeurtheilt wurde, während er doch um einen solchen gebeten hatte; 8) wenn das Gericht die Jury irreleitet in Bezug auf einen Rechtspunkt, oder sie zum Nachtheil des Angeklagten den Wahrspruch zu finden anwies.[1] — Zum großen Theile können nach dem neuen zürcherischen Gesetze dieselben Gründe zu einer Nichtigkeitsbeschwerde oder einem Wiederherstellungsgesuch benützt werden, welche, wenn sie für gerechtfertigt anerkannt

---

[1]) Vergl. Mittermaier, a. a. O., S. 545 ff.

werden, in der Regel auch ein zweites Schwurgericht (new Trial) zur Folge haben [1]), so daß insofern das zürcherische Gesetz den nordamerikanischen Gesetzgebungen entspricht. — Einzig der unter Nr. 4 von Livingston aufgezählte und z. B. in die Gesetzgebung von New-York übergegangene Grund [2]) könnte nicht zur Unterlage eines der von dem zürcherischen Gesetze zugelassenen Rechtsmittel gemacht werden, was zu beklagen ist und daher gleichfalls nachzutragen wäre. Der achte Grund zum Gesuche um ein neues Verfahren (motion for new Trial), den das englische Recht [3]), wie einzelne nordamerikanische Gesetzgebungen [4]) gleichmäßig anerkennen, verdient die besondere Aufmerksamkeit der zürcherischen Anwälte oder Vertheidiger und möchte so ziemlich der einzige Fall zur Anwendung des § 164 lit. c des Gesetzes betreffend das Strafverfahren sein. Hat der Schwurgerichtspräsident in

---

[1]) § 169 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren: „Wenn das Urtheil bloß wegen falscher Anwendung des materiellen Strafgesetzes cassirt wird, so fällt das Obergericht selbst das dem Gesetze entsprechende Urtheil aus."

§ 170: „Wird hingegen die Nichtigkeitsbeschwerde aus irgend einem andern Grunde gutgeheißen, so fällt auch der Wahrspruch der Geschwornen dahin. Es muß daher das ganze Hauptverfahren bei der nächsten ordentlichen Schwurgerichtssitzung wiederholt, und ein neues Urtheil, gegen welches abermals die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist, ausgefällt werden. Die Mitglieder des Schwurgerichtes, die das cassirte Urtheil ausgefällt hatten, dürfen bei der Wiederholung des Hauptverfahrens nicht mitwirken."

§ 174: „Wenn die Wiederherstellung erkannt wird, so werden die Verhandlungen, auf welche das angefochtene Urtheil sich gründet, vor dem Gerichte, welches dasselbe ausgefällt hatte, wiederholt, und es gelten hiefür die gleichen Vorschriften, wie für das ursprüngliche Verfahren."

[2]) Mittermaier, a. a. O., S. 551.

[3]) Ibid. a. a. O., S. 532.

[4]) Ibid. a. a. O., S. 552.

seiner Schlußrede (§ 244 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren) falsche juristische Behauptungen über den Begriff und die Erfordernisse eines Verbrechens aufgestellt oder hat er durch unpassende Aeußerungen über den angeblich geführten Schuldbeweis auf die Verurtheilung des Angeklagten hinzudeuten und einzuwirken gesucht, das unter solchen Umständen ausgefällte Geschwornenurtheil wird wegen falscher Anwendung des materiellen Strafgesetzes angegriffen und umgestoßen werden können. Das ganze neue zürcherische Gesetz über das Strafverfahren ist überhaupt der Bildsäule des Prometheus zu vergleichen, welcher das Leben, der Götterfunke, der Geist noch erst verliehen werden muß und in der verschiedenartigsten Auslegung und Anwendung verliehen werden kann. Ein Belebungsweg besteht darin, die unendlich wichtige und einflußreiche Schlußrede des Schwurgerichtspräsidenten sorgfältigst zu überwachen, um zu verhüten, daß der Schwurgerichtspräsident die Geschwornen, absichtlich oder unabsichtlich, nicht zu einem unrichtigen Urtheile verleite. Wollte man die Geschwornen wahrhaft selbstständig machen, — sie wirklich nach ihrer Ueberzeugung und Einsicht urtheilen lassen, — sie, um die beliebte Sprache der Zeit zu reden, von der Leitung und Führung des Schwurgerichtspräsidenten emancipiren: müßte man dem Schwurgerichtspräsidenten bloß die Fragenstellung übertragen und jede anderweitige Schlußrede, zumal über die Ergebnisse der Beweisführung, untersagen. Die Schlußrede des Schwurgerichtspräsidenten ist um so einflußreicher und gefährlicher, als er das letzte, nicht mehr zu widerlegende Wort hat und zugleich dieses Wort dem Munde des höchst Gestellten des gesammten Gerichtes entstammt, daher von den Geschwornen mit blindem Vertrauen, mit gehorsamer Unterwerfung aufgenommen wird. Man könnte und müßte die Schlußrede des Schwurgerichtspräsidenten zur Erreichung und Sicherung der Freiheit und Unabhängigkeit des Urtheils der Geschwornen augenblicklich unterdrücken, wäre sie nicht unentbehrlich, um den Geschwornen doch noch einige, wenn auch nur die nothdürftigste Sachkenntniß zu verschaffen, —

um den sog. gesunden Menschenverstand mit dem Scheine des Lichtes zu bekleiden und nicht in völliger Blindheit zu lassen, — um in dem letzten Augenblicke, in dem die Geschwornen den Beweis ihrer vollkommenen Rechtsgelehrsamkeit und Gesetzeskunde ablegen sollen, sie schnell zu unterrichten, resp. abzurichten.

Darf nun wohl der Satz, **daß in einem freien Staate die Einführung des Geschwornengerichtes als der Strafgerechtigkeit nachtheilig unbedingt zu verwerfen sei,** als erwiesen betrachtet werden? Er ist erwiesen und könnte noch viel besser erwiesen werden, aber dennoch wird die Beweisführung nicht viel helfen, weil eben das Gegentheil allein gelten und geglaubt werden soll. Wie schwer zu überwinden die einmal verbreiteten dießfälligen Vorurtheile der Gegenwart seien, bewährt auch noch die kürzlich erschienene und sonst ausgezeichnete Fortsetzung von Lappenberg's, Geschichte von England, durch R. Pauli, Bd. III, Hamburg 1853. Pauli weist mit großer Gelehrsamkeit, neben den dürftigen Chroniken und Urkunden der Zeit vorzüglich aus dem bekannten dem Ranulf de Glanville zugeschriebenen Buche „über die Gesetze und Gewohnheiten Englands“ nach, daß die gegenwärtige Jury Englands nicht von König Alfred, nicht von den Dänen und Normannen, sondern aus den unter König Heinrich II. in der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts getroffenen Einrichtungen, besonders aus den auf den Reichstagen von Clarendon und Northampton im Jahr 1164 und 1176 über das Verhältniß der wandernden Richter und über die die Criminalverbrechen beurtheilenden Geschwornen erlassenen Satzungen abzuleiten sei. In Verbindung mit dem System der wandernden Richter erscheint hier zuerst das Institut der Geschwornen als eine neue Gerichtseinrichtung, welche darauf gerichtet war, die schlechte Aushülfe durch Gottesurtheil und Zweikampf zu verdrängen. Der Spruch der zwölf Geschwornen mußte einstimmig sein, ihre Zahl wurde durch Hinzufügung anderer so lange ergänzt, bis zwölf Männer gleicher

Meinung waren. Dieses Geschwornengericht ist auch nach Pauli der Hort und Beistand der freien Staatsentwicklung Englands geworden. Gesetzt, es sollte dieses vollständig wahr sein, kann eine solche Einrichtung wohl für das zwölfte Jahrhundert sehr schätzenswerth gewesen sein und doch für das neunzehnte nicht mehr taugen; in dem erleuchteten neunzehnten Jahrhundert soll die Wissenschaft herrschen und richten. Das Urtheil von Mühry in seiner Uebersetzung des Handbuches des englischen Strafrechts und Strafverfahrens von Stephen, Göttingen 1843, S. 622, wornach der Hauptvorzug der englischen Strafrechtspflege seine praktische Einfachheit und Kürze, ihr Hauptfehler aber Mangel an Wissenschaftlichkeit ist, ist auch das unserige und daher muß die Einführung des Geschwornengerichtes in dem Canton Zürich ein trauriger Rückschritt in der wissenschaftlichen Rechtsentwickelung und Rechtspflege genannt werden.

Kaum sollte man es glauben und dennoch ist es so, was hier von dem Unwerthe des Geschwornengerichtes für den Canton Zürich weitläufig entwickelt worden, wird als wahr sogar von Welker, a. a. O., S. 160 f. anerkannt, was gewiß das schlagendste Zeugniß für dessen Wahrheit ist. In seiner Bekämpfung der bekanntlich gegen das Geschwornengericht gerichteten Ansichten von Feuerbach [1]) äußert Welker auch: „Ganz im Gegensatze von der Feuerbach'schen Ansicht, welcher das Schwurgericht um so wesentlicher hält, je volksfreier eine Staatsverfassung ist, erscheint es nach allem Bisherigen gerade um so unentbehrlicher, je monarchischer dieselbe ist. In sehr volksfreien Staaten ist ja schon durch andere kräftige Institute die persönliche und politische Freiheit geschützt, Gemeingeist und politische Bildung befördert und

---

[1]) Betrachtungen über das Geschwornengericht, Landshut 1813, und in seinen kleinen Schriften vermischten Inhalts, Nürnberg 1833, S. 229—251 („Erklärung über meine angeblich geänderte Ueberzeugung in Ansehung der Geschwornengerichte.")

der Despotismus ausgeschlossen. Dagegen bedarf dieses Alles eines doppelten Schutzes da, wo es durch die Ausdehnung der Regierungsgewalt doppelt beeinträchtigt und gefährdet, und der Mißbrauch bloßer Beamtengerichte für Ministerwillkür wesentlich erleichtert ist. Die Bürger einer sehr freien Monarchie oder einer Republik, vollends die einer kleinen Republik, deren Beamte an sich schon fast den Charakter von Geschwornen haben, könnten viel eher von den durch sie aus dem Kreise der republikanischen Mitbürger erwählten ständigen unabhängigen juristischen Richtern gutes und unparteiisches Gericht erwarten, als die Unterthanen einer sonst schrankenlosen, einer mehr absoluten Monarchie von den durch die Regierung ernannten Beamten. Jene bleibende monarchische Gewalt könnte viel leichter allmälig diese Unabhängigkeit brechen und die Gerichte zu ihren Werkzeugen machen, als auf kurze Zeit gewählte, republikanische Beamte. Gerade also in der rechtlichen Monarchie ist das Geschwornengericht wesentlich an seinem Platze."

(Schluß folgt)

XXX.

Ueber die accessorische Intervention noch in der Appellationsinstanz.

Das Obergericht des Standes Zürich

hat

am 21. April 1854

in Sachen des Herrn Fürsprech Spöndlin für sich und Namens Herrn Pfarrer Tappolet in Ottenbach, betreffend Beschwerde über zwei Beschlüsse des Bezirksgerichtes Affoltern,

da sich ergeben:

A. Durch Urtheil vom 18. Februar d. J. habe das Bezirksgericht Affoltern in Sachen des David Stehli, alt Präsidenten in Oberlunnern, Klägers (Anwalt Herr Fürsprech Spöndlin), gegen Jakob Lentert im Hobacker in Ottenbach, Beklagten, über die Rechtsfrage:

Ob folgende im Auffalle des alt Hauptmann Funk in Ottenbach geltend gemachte Forderungen des Klägers von 1) 4312 Fr. 42 Rpn., laut Schuldbriefes, ursprünglich von 5600 fl., vom 30. December 1848; 2) 14,896 Fr. 34 Rpn., laut Versicherungsbriefes, anfänglich 7525 fl. betragend, vom 6. Mai 1848, ursprünglich zu Gunsten Herrn Pfarrer Tappolet; 3) 28,000 Fr., laut Schuldbriefes vom 25. September 1852, begründet seien?

erkannt:

1. Sei die im Concurse des Funk angemeldete Forderung des Klägers von 28,000 Fr., laut Schuldbriefes vom 25. September 1852, im Betrage von 18,455 Fr. 68 Rpn. nebst Zins à $4^1/_2$ Procent von Martini 1852 an begründet;

2. Sei Kläger mit seinen weiter gehenden Forderungen abgewiesen und die beiden Schuldtitel Act. 2 und 3 (Schuldbrief von 5600 fl. und Versicherungsbrief von 7525 fl.) der Notariatskanzlei Knonau zur Entkräftung einzureichen; —

B. Unterm 13. d. M. habe Herr Spöndlin gegen Entkräftung dieser beiden Schuldurkunden protestirt und verlangt, daß dieselben ihm aushingegeben werden, weil die erstere ihm durch Vertrag vom 17. September 1852 zu Faustpfand gegeben worden sei und die letztere noch dem Herrn Tappolet gehöre; —

C. Durch Beschluß vom gleichen Tage habe das Bezirksgericht den Herrn Spöndlin mit seinem Begehren abgewiesen, weil die Appellationsfrist noch nicht abgelaufen und daher das Urtheil noch nicht rechtskräftig sei, dabei übrigens bemerkt, daß, wenn das Urtheil rechtskräftig werde, dannzumal diese Annullation ohne Weiters und ohne auf die Einwendungen des Herrn Spöndlin Rücksicht zu nehmen, stattfinden

werde, weil derselbe den Schuldbrief von 5600 fl. als Anwalt des Klägers im Proceß eingelegt und bei keiner Verhandlung behauptet habe, daß ihm persönlich Rechte daran zustehen und daß er daher gegen dessen Entkräftung protestire, und was den Versicherungsbrief von 7525 fl. betreffe, im Urtheil nachgewiesen sei, daß derselbe nicht mehr dem Herrn Tappolet gehöre, sondern Eigenthum des Klägers sei, was übrigens auch schon aus der Rechtsfrage gefolgert werden könne; —

D. Am 16. gl. M. habe Herr Spöndlin dem Bezirksgerichte angezeigt, daß er für sich und Herrn Tappolet in dem fraglichen Prozesse nunmehr als Intervenient auftrete und als solcher die Appellation gegen das angeführte Urtheil erkläre, allein laut Beschlusses vom 18. gl. M. habe das Bezirksgericht Affoltern die Appellation ihm nicht bewilligt, da er bei den erstinstanzlichen Verhandlungen, wo er als Anwalt des Klägers alle Gelegenheit gehabt hätte, zu erklären, daß er als Intervenient auftrete, dieß nicht gethan habe und somit ihm auch jetzt, nachdem der Proceß erstinstanzlich erledigt sei, nicht mehr das Recht zustehe, selbstständig das Rechtsmittel der Appellation zu ergreifen; —

E. Ueber diese Beschlüsse beschwere sich nun Herr Fürsprech Spöndlin für sich und Namens Herrn Tappolet und verlange, daß ihnen als Intervenienten die Betheiligung bei der Appellation bewilligt werde, indem er glaube, daß sie in jedem Stadium des Prozesses in dieser Stellung auftreten können; eventuell stelle er Namens Herrn Tappolet das Gesuch, daß der Prozeß sistirt werde, um die Klage desselben gegen Stehli und Leutert geltend zu machen, mit dem Vorbehalte, daß, falls diesem Begehren nicht entsprochen werden oder in Folge der Appellation das Urtheil ungünstig für ihn ausfallen sollte, er das Gesuch um Sistirung der Urtheilsvollstreckung stellen würde, bis der Proceß zwischen Herrn Tappolet und den beiden Litiganten entschieden wäre; — dabei bemerke er, er habe den Versicherungsbrief von 7525 fl. nicht für Stehli eingelegt, sondern ausdrücklich erklärt,

er besitze ihn für Herrn Tappolet; übrigens sei Stehli mit seinem Begehren einverstanden; —

F. Unterm 3. d. M. habe die Justizcommission das Bezirksgericht beauftragt, die Vollziehung der Verfügung betreffend Annullation der fraglichen Schuldbriefe zu sistiren;

G. Herr Stehli erkläre, Herr Spöndlin habe in dem erwähnten Processe als sein Anwalt von Anfang an nach seinem Ermessen gehandelt, er, Stehli, sei daher nicht im Fall, auf die Angaben der Recurrenten in der Recursschrift näher einzutreten, sondern überlasse die Würdigung derselben lediglich dem Ermessen des Gerichtes; —

H. Namens Herrn Lentert trage Herr Procurator Schoch auf Verwerfung des Recurses an, indem er nachzuweisen suche, daß die Verfügung betreffend die Entkräftung der fraglichen Schuldbriefe sich rechtfertige und Herr Tappolet an der Fortexistenz derselben kein Interesse habe; gegen die Zulassung der Recurrenten als Intervenienten protestire er, da es sich hier um eine Prinzipalintervention handle, eine solche aber nicht zulässig sei; übrigens glaube er, es werde die Apellationsfrist wohl auch für die Recurrenten abgelaufen sein; —

I. Das Bezirksgericht Affoltern berichte, daß nun das fragliche Urtheil von beiden Parteien appellirt worden sei und daher die Acten nebst dem Appellationsrezesse in den nächsten Tagen an das Obergericht abgehen werden: : —

in Erwägung:

1) Daß, da in dem von dem Bezirksgerichte Affoltern am 18. Hornung d. J. in Sachen des David Stehli und Jakob Lentert ausgefällten, aber wegen der von beiden Parteien dagegen ergriffenen Appellation noch nicht rechtskräftig gewordenen Urtheile, die sofort nach Beschreitung der Rechtskraft stattfinden sollende Entkräftung eines Schuldbriefes von 5600 fl. und eines Versicherungsbriefes von 7525 fl., an deren erstern der erste Recurrent, Herr Spöndlin, ein Faustpfandrecht, an dem letztern aber der zweite

Recurrent, Herr Tappolet, Eigenthum zu haben behauptet, verfügt ist, sich vorerst von selbst versteht, daß Recurrenten, welche an dem Processe bis jetzt gar keinen Theil genommen haben, — daß nämlich Herr Spöndlin denselben als Anwalt des Stehli geführt hat, machte ihn nicht zur Proceßpartei und kömmt daher für die jetzige Frage nicht in Betracht, — die Wahrung ihrer behaupteten Rechte nicht verwehrt werden darf und daher vor Allem aus davon, daß, sofern das erstinstanzliche Urtheil auch letztinstanzlich bestätigt werden sollte, ohne daß vorher den Recurrenten vollständiges rechtliches Gehör gegeben wäre, das Erkenntniß auch gegen sie wirken würde und sie sich die Entkräftung der Instrumente gefallen lassen müßten, keine Rede sein, also der recurrirte Beschluß vom 13. März, wenn er, wie es nach der Erwägung desselben den Anschein hat, diesen Sinn haben sollte, jedenfalls nicht aufrecht erhalten werden könnte; —

2) daß, was nun die Art und Weise der Geltendmachung dieser von den Recurenten behaupteten Rechte und namentlich die Frage, ob dieß auf dem Wege der Intervention geschehen könne, anbetrifft, zwar wenn es sich um eine sogenannte Haupt-(Prinzipal-)Intervention handeln würde, der zweite Recurse, Lentert, mit Recht behauptet, daß dieses Rechtsinstitut im Sinne des deutschen gemeinen Processes unserm Verfahren fremd ist (vergl. Recursalbescheid vom 3. Hornung 1849 bei Schauberg, Beiträge Bd. X, S. 361 ff.), was aber nicht ausschließen würde, daß, wo die Verumständungen des Falles es erfordern, gemäß des eventuellen Begehrens der Recurrenten der unter den ursprünglichen Parteien obschwebende Proceß sistirt und dem ein besseres und dasjenige der bisherigen Litiganten ausschließendes Recht behauptenden und bescheinigenden Dritten die Möglichkeit eröffnet würde, seine Klage vor ihrem zuständigen Gerichte anzubringen und auszuführen; — indeß ein solcher Fall einer Hauptintervention gegenwärtig, so

viel sich einstweilen aus den Recursalacten entnehmen läßt, nicht vorliegen dürfte, indem der erste Recurse, Stehli, die von dem Recurrenten angesprochenen Rechte an den Schuldbriefen nicht in Widerspruch zu stellen und der Entkräftung derselben sich ebenfalls zu widersetzen, sein und der Recurrenten Interesse, bezüglich auf den von letztern angefochtenen Theil des Urtheils mithin das gleiche zu sein, und einer Vereinigung derselben mit ihm, Stehli, in dem gegen Lentert anhängigen Processe im Wege der Neben- (accessorischen) Intervention, welche in unserm Verfahren vollkommen anerkannt ist, nichts entgegenzustehen scheint; —

3) daß somit nur noch zu untersuchen steht, ob Recurrenten zur Appellation zuzulassen gewesen wären, diese Frage aber, da bekanntermaßen die Intervention in jedem Stadium des Processes bis zur rechtskräftigen, im vorliegenden Falle noch nicht eingetretenen Entscheidung, also auch erst noch in der Appellationsinstanz — allerdings in der Art, daß der Intervenient den Rechtsstreit nur in der Lage, in welcher er sich zur Zeit der Intervention befindet, aufnehmen muß — erfolgen kann, mithin, selbst wenn Recurrenten als zur Appellation berechtigt nicht anzusehen wären, ihnen doch Nichts entgegenstände, jetzt noch, vor Obergericht, ihre Intervention zu erklären, eine ganz müßige, bloß formale Bedeutung habende und jeder materiellen Wirkung entbehrende ist, indem so wie die Sache liegt, sich Alles darauf reduzirt, ob Recurrenten anstatt bei dem Bezirksgerichte, unter Bezugnahme auf ihren Willen, accessorisch zu interveniren, die Appellation zu erklären, besser gethan hätten, sich mit ihrer Interventionserklärung directe an das Obergericht zu wenden; —

4) daß wenn nun aber, ungeachtet der Bedeutungslosigkeit dieser Frage, dennoch darauf eingetreten werden soll, die Sache einfach sich so gestaltet, unter Bezugnahme auf ihren Willen, zu interveniren, konnten die Recurrenten die Appellation erklären und

war ihnen dieselbe zu bewilligen, wenn für sie die Appellationsfrist noch nicht abgelaufen war, im entgegengesetzten Falle konnten sie sich einfach begnügen, die Intervention anzuzeigen, mit Angabe, welcher Partei sie sich anschließen, und war diese Anzeige abzugeben beim Bezirks- oder beim Obergerichte, je nachdem der Appellationsreceß und die Acten noch bei ersterm oder schon bei letzterm lagen, woraus denn folgt, daß, weil das Urtheil den Recurrenten nie weder mündlich noch schriftlich eröffnet worden war, die Appellationsfrist mithin ihnen auch nicht lief, ihnen auch die Appellation nicht hätte abgeschlagen werden sollen, und daß, wollte man auch dieß nicht annehmen, sondern auch für sie die Appellationsfrist als in dem Augenblicke abgelaufen ansehen, wo sie für die Partei, auf deren Seite sie intervenirten, abgelaufen war, doch jedenfalls, weil zur Zeit der erklärten Intervention die Acten noch beim Bezirksgerichte lagen, die Interventionserklärung richtig beim Bezirksgericht abgegeben worden ist und von demselben hätte entgegengenommen und hierüber (also über die Zulässigkeit der Intervention als solcher) das Erforderliche verfügt werden sollen: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und unter Aufhebung der Beschlüsse vom 13. und 18. März die Intervention und Appellation der Recurrenten zugelassen und ihnen daher auf den zur obergerichtlichen Verhandlung dieses Processes anberaumten Tag Ladung anzulegen; —

2. Trage der zweite Recurse, Leutert, die Ausfertigungskosten; —

3. Sei dieser Beschluß dem Bezirksgerichte Affoltern und den Parteien unter Rücksendung der Acten mitzutheilen.

XXXI.

Aus den Entscheidungen des Gesammtobergerichtes.
Mitgetheilt von Herrn Oberrichter Dr. E. Suter.

I. Strafrecht.

a. Strafen.

1. Es genügt nicht, daß Jemand, der einer gewissen Stelle entsetzt worden ist, zur zeitigen Bekleidung einer derartigen Stelle für unfähig erklärt werde, vielmehr schreibt § 28 des Strafgesetzes vor, daß mit der Amtsentsetzung Unfähigkeit zu neuer Bekleidung von Stellen oder Bedienstungen überhaupt für eine gewisse Zeit verbunden sein solle. (Prot. des Gesammtobergerichts vom 15. Februar 1853 i. S. Neukomm.)

---

2. Die Strafe des lebenslänglichen Verlustes einer einträglichen Berufsart § 33, 3 des Strafgesetzes wurde in der Weise gegen einen Volksschullehrer angewandt, daß derselbe außer der Belegung mit Freiheitsstrafe, Entsetzung von der von ihm bekleideten Lehrerstelle, zeitigen Unfähigkeit zur Bekleidung einer Stelle oder Bedienstung — auch lebenslänglich für unfähig erklärt wurde, den Beruf eines Lehrers auszuüben. Unter den in § 33 erwähnten Verhältnissen ward sonach auch der Besitz eines Patentes oder Fähigkeitszeugnisses behufs Bewerbung um eine Lehrerstelle verstanden. (Prot. des Gesammtobergerichts vom 2. Februar 1853; 15. Februar 1853; 19. Februar 1853.)

---

b. Versuch.

3. G. hatte mit vorbedachtem Entschlusse zu Tödtung und Raub an irgend einer geeigneten Person, namentlich Marktreisenden, Werkzeuge zur Verübung des Verbrechens angeschafft und ausgerüstet; ferner in der Absicht, den Herrn v. E. zu ermorden und zu berauben, sich in einem gewissen Wäldchen eingefunden und das Erscheinen jenes Herrn an einer zur Vollbringung des Verbrechens günstigen Stelle abgewartet; endlich war er damals mit Waffen, namentlich geladenen Schießwaffen versehen. Weiter schritt G. nicht; nicht etwa, weil jener Herr ausblieb, der wirklich vorbeipassirte, sondern weil ein Theilnehmer die nothwendige Voraussetzung in dem Plane G.'s bildete, dieser Theilnehmer aber ausblieb.

Das Obergericht qualificirte die Handlung als nahen Versuch des Mordes, davon ausgehend:

Daß der auf die Verübung des Verbrechens gerichtete Wille auf eine bestimmte Weise sich äußerlich beurkundet und den Charakter des strafbaren Versuchs angenommen hat, somit nur noch in Frage kommt, ob die vorgenommene Handlung zur wirklichen Ausführung des Verbrechens oder zur Vorbereitung derselben gezählt werden müsse; daß letzteres unbedingt anzunehmen ist bezüglich der Anschaffung und des Tragens von Waffen bei bestimmtem und beharrlichem Vorsatze zum Verbrechen, gegen wen immer dasselbe gerichtet sein würde; daß aber G. diese Grenze überschritten und die Ausführung des Verbrechens begonnen hat, da unter die letztere das bewaffnete Erscheinen auf dem Platze in der vorbedachten Absicht zu tödten unzweifelhaft gehört und die unterbliebene Vollendung nicht an der Qualification des Versuchs, wohl aber an der Strafbarkeit desselben möglicher Weise Etwas zu ändern vermag, sofern nämlich der Rücktritt ein freiwilliger gewesen wäre (was er indeß wie bemerkt nicht war, da er wegen äußeren Hindernisses oder Zufalls erfolgte).

Mit Hinsicht darauf, daß zur Vollendung noch Vieles erforderlich gewesen wäre, wurden übrigens die erstinstanzlich verhängten zwölf Jahre Kettenstrafe auf neun ermäßigt. (Prot. des Gesammtobergerichts vom 15. Februar 1853 i. S. Greuter.)

---

c. Theilnahme.

4. Zur Theilnahme im Complott bedarf es nicht gerade einer förmlichen Verabredung, sondern es genügt schon das auf irgend eine Weise vermittelte Einverständniß. (Prot des Gesammtobergerichts vom 24. Februar 1853 i. S. Keller. Raub. Vergl. Criminalprot. vom 18. August 1842 i. S. Stahl. Beiträge III, 456.)

---

5. Die Ehefrau W. hatte von den Diebstählen ihres Ehemannes Kenntniß gehabt und auch die entwendeten Lebensmittel mitverbraucht. Das Obergericht fand jedoch, daß dieses nicht genüge, um sie selbst nur der Begünstigung schuldig zu erklären, da sie gemäß § 55, Lemma 2 des Strafgesetzes zu einer Anzeige bei der Obrigkeit nicht verpflichtet war und sodann jenem Mitgenusse sich nicht wohl entziehen konnte, dafür aber Nichts vorliege, daß sie an den Entwendungen selbst sich betheiligt habe. (Prot. des Gesammtobergerichts vom 13. Januar 1853 i. S. Walter. Diebstahl.)

---

d. Auslegung des § 130 (Nothzucht).

6. Von einer gleichzeitigen Anwendung der litt. a und c des § 130 des Strafgesetzes kann keine Rede sein, da, sobald die Unreife der Mißbrauchten feststeht, die litt. c allein maßgebend ist und die Gewalt unter den allgemeinen Begriff „Mißbrauch eines unreifen Mädchens" fällt. (Criminalprot. des Obergerichts vom 30. December 1852 i. S. Großmann. Prot. des Gesammtobergerichts vom 27. Januar 1853 i. S. Häusler.)

---

e. Diebstahl. Auszeichnung.

7. Ein Zusammenrechnen verschiedener kleinen Diebstähle, welche nach § 212 f des Strafgesetzes nur insofern als ausgezeichnete zu betrachten sind, als der Werth des Entwendeten mindestens 4 Fr. a. W. beträgt (es lagen Holzdiebstähle vor), ein Zusammenrechnen also, um danach die Qualification zu bestimmen, ist nur dann zulässig, wenn die Diebstähle mit Rücksicht auf die Art und Weise so wie namentlich die Zeit ihrer Verübung als fortgesetzte betrachtet werden müssen. (Prot. des Gesammtobergerichts vom 20. Januar 1853 i. S. Kugel.) [1])

---

8. Schiffsknecht R. hatte bei einer Fahrt auf dem Obersee seinem Meister Schiffmann B. aus dem offenen Schiffskasten Geld entwendet. Die Staatsanwaltschaft bezeichnete die Handlung als einfachen Diebstahl, der Vertheidiger als Unterschlagung, die erste Instanz als ausgezeichneten Diebstahl, weil verübt am Eigenthume des Dienstherrn, § 212 h des Strafgesetzes. Das Obergericht hielt die Anwendung der litt. h gleichfalls fest, zwar nicht sowohl wegen des Dienstverhältnisses des R. (die litt. h scheint nämlich den Diebstahl der Dienstboten oder andern Bediensteten an der Dienstherrschaft nur dann als vorzüglich strafbar zu halten, wenn zwischen dem Dieb und dem Bestohlenen ein Hausgenossenschaftsverhältniß besteht, das den Diebstahl zum ausgezeichneten macht!), als mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Schiffes. Auf solchen Schiffen halten sich nämlich die Schiffleute während der betreffenden Fahrt Tag und Nacht auf und sind während dieser Zeit in gleichem oder noch höhern Maß als die Hausgenossen genöthigt, ihr Eigenthum

---

[1]) Dagegen ward am 15. April 1852 i. S. Meier entschieden, daß mehrere gleichzeitig zur Beurtheilung gelangende Diebstähle im Sinne von § 212 f nach Anleitung des § 217 zusammengerechnet werden sollen, wonach sich die Auszeichnung bestimme; wobei auf fortgesetztes Verbrechen nicht abgestellt worden zu sein scheint.

einander anzuvertrauen, weßhalb das zwischen ihnen bestehende Verhältniß in dieser Beziehung demjenigen zwischen Hausgenossen vollkommen gleichgestellt werden muß. (Prot. des Gesammtobergerichts vom 3. Februar 1853 i. S. Rüegg.)

---

f. Betrug.

9. A. verkaufte an B. und ließ diesem zufertigen, jedoch unter Verabredung einer spätern Uebertragung des Objects an C. Später benahm sich B., als ob das fiktive Geschäft ein wirkliches gewesen wäre. Das Benehmen B.'s nach geschehener Fertigung machte es jedoch zweifelhaft, ob B. bei Abschluß und Fertigung des Kaufes die Absicht gehabt, die getroffene Verabredung nicht zu halten und ob er bei dem Verkäufer absichtlich den Irrthum erzeugt habe, er werde das Versprechen halten. Es schien vielmehr, daß er sich erst im Laufe der Zeit entschlossen habe, von dem gewährten Vertrauen Mißbrauch zu machen. In Ermangelung des Beweises für das Erstere, sprach daher das Obergericht den B. von der Anklage auf einfachen Betrug frei, davon ausgehend:

Daß, wie es sich von selbst versteht und von dem Obergericht immer so angesehen worden ist, von einer in betrüglicher Absicht vorgenommenen täuschenden Handlung nur dann gesprochen werden kann, wenn im Momente der Handlung selbst der rechtswidrige Vorsatz jener Täuschung vorhanden ist, während in dem nachherigen ursprünglich nicht beabsichtigten Bruch irgend einer getroffenen Vereinbarung höchstens die Verletzung eines obligatorischen Verhältnisses liegt. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 13. Januar 1853 i. S. Widmer.)

---

10. K. kaufte von G. 125 Stämme Bauholz. S. und Sch. leisteten Bürgschaft für den Kaufpreis. B. beglaubigte die Unterschriften

der Bürgen und die Habhaftigkeit dieser. Die Vermögensumstände K.'s stellten sich inzwischen mißlich und um sich nach Möglichkeit der eingegangenen Verpflichtung zu entziehen, geriethen die Bürgen auf die Auskunft, die Echtheit der Ziffer 1 in 125 anzufechten. Im Einverständnisse mit K. trafen sie hiezu die geeigneten Anstalten, nahmen sodann Rechtsvorschlag gegen die von G. erhobene Betreibung und ergriffen schließlich das Mittel einer Criminalklage, davon ausgehend, daß sie sich nur für den Kaufpreis von 25 Stämmen verbürgt haben und daß der Bürgschein von 25 in 125 gefälscht worden sei, indem sie dabei die Anschuldigung alternativ gegen K. und G. richteten. B. behauptete bestimmt, daß zur Zeit der Beglaubigung der Schein nur auf 25 gelautet habe. K. that dasselbe und verdächtigte der Fälschung den G.

Das Obergericht nahm in der Handlung der Bürgen S. und Sch. nahen Versuch ausgezeichneten Betruges und nicht gerichtliche Verleumdung an:

Da es ihnen mit ihrer Klage nicht eigentlich darum zu thun war, Bestrafung einer Person wegen angeblicher Fälschung zu bewirken, vielmehr sie bloß die Beweiskraft des von G. geltend gemachten Bürgschaftsscheins zu beseitigen und damit von der Bürgschaft für mehr als 25 Stücke Holz los zu werden suchten.

Die Handlung des B. wurde ferner nicht als falsches Zeugniß zu Gunsten eines Angeschuldigten, sondern als Gehülfenschaft bei jenem Betrug aufgefaßt:

Da derselbe schon zu einer Zeit jene falschen Angaben gemacht, als die Bürgen S. und Sch. noch als Damnificaten betrachtet wurden, also damit nicht zu Gunsten von Angeschuldigten falsches Zeugniß abgelegt, sondern offenbar den beiden Bürgen bei Verübung des Betruges behülflich zu sein versucht hat. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 4. März 1853 i. S. Schuhmacher und Consf.)

K. war erstinstanzlich ebenfalls wegen Gehülfenschaft bestraft worden und hatte sich dabei beruhigt.

---

11. M. und B. wurden des einfachen Betruges in einem 800 Fr. a. W. weit übersteigenden Betrage schuldig erklärt, wesentlich aus den Gründen:

1) Daß durch den Expertenbericht außer Zweifel gesetzt wird, daß das unter der Firma M. und B. betriebene Handelsgeschäft gleich von Anfang an wegen mangelhafter Buchführung und weil die Antheilhaber größere Baarbezüge aus der Handelscasse machten, als ihre Einlagen betrugen, jeder sichern Grundlage entbehrte und daß schon am 1. December 1851 sich ein Deficit von 34,494 Fr. herausstellte, die Ursache desselben aber nicht in unverschuldeten Verlüsten und verunglückten Speculationen, sondern darin zu finden ist, daß einerseits das schon erwähnte Mißverhältniß in immer gesteigertem Maße fortbestand, indem nämlich die beiden Gesellschafter selbst für zwei Drittheile des bezeichneten Deficits dadurch Schuldner geworden, daß sie für ihre Privatausgaben und ihren ungemessenen Aufwand immer bedeutende Summen brauchten, anderseits die Betriebskösten des Geschäftes den jeweiligen Gewinn um das Doppelte überstiegen; —

2) daß nach den eigenen Angaben der Inquisiten das Deficit ihrer Handlung mit Ende April 1852 sich auf 45,000 Fr. belaufen hat, während sie aus diesem Jahr keinerlei bedeutende und zu einem solchen Deficit in Verhältniß stehende Verluste nachzuweisen im Falle sind, so daß schon hieraus mit Nothwendigkeit folgt, daß die Angeklagten, welche, wie aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgeht, bei Gründung ihres Geschäftes keine oder nur sehr geringe Capitaleinlagen gemacht und die auch in den frühern Jahren offenbar nur sehr wenig gewonnen, vielmehr wie vorhin bemerkt, von Anfang an mehr ausgegeben als eingenommen haben, in den letzten Jahren darüber nicht im Ungewissen sich haben befinden können, daß ihr ökonomischer Zustand ein völlig hoffnungsloser sei, wie sie denn schon lange Waaren bloß zu dem Zwecke

bestellt, um dadurch Mittel zu gewinnen, drängende Creditoren zu bezahlen, da sie, um Geld zur Befriedigung ihrer dringendsten Bedürfnisse zu erhalten (das sie bald da, bald dort entlehnten), gezwungen waren, die zum Verkaufe bestimmten Handelswaaren als Faustpfänder zu hinterlegen und zwar so, daß sofort wieder neue Waaren zu Pfand gegeben werden mußten, um versetzte Waaren frei zu machen; —

3) daß außer Zweifel steht, daß die seit 1. December 1851 gemachten Waarenbestellungen lediglich gemacht worden seien, um sich die Mittel zu verschaffen, mit den Creditoren einen Nachlaßvertrag abzuschließen und so dem drohenden Concurse zu entgehen, demnach die Angeklagten damals mit dem bestimmten Bewußtsein gehandelt haben, daß die betreffenden Creditoren mit ihren Forderungen wo nicht ganz doch zum größten Theile zu Verluste kommen werden, da hiefür außer dem bereits Angeführten und der weitern Thatsache, daß von den Inquisiten vom 15. December 1851 bis 29. Januar 1852 für die Summe von 38,566 Fr. Wechsel auf Augsburg gezogen wurden, ohne daß sie hiefür irgend welche Anschaffungen gemacht hätten, auch der Umstand spricht, daß sie gleich nach Empfang der Waaren unter Vorlegung eines falschen Status ein Accommodement zu 40 Procent abzuschließen suchten, wobei jene Waaren den Hauptbestandtheil ihrer Activen bildeten; —

4) daß in dieser Handlungsweise nicht der nahe Versuch betrüglichen Bankerotts liegt, zumal das Bestreben der Angeklagten dahin ging, den Concurs abzuwenden und auch die Insolvenzerklärung lediglich zu dem Zwecke geschehen ist, um einzelne drängende Creditoren von weitern Schritten abzuhalten, durch welche das Zustandekommen des Nachlaßvertrages vereitelt worden wäre; dagegen hier alle in § 239 des Strafgesetzes für den Begriff des Betruges aufgestellten Requisite zutreffen, da das Obergericht immer ange-

nommen hat, daß eine rechtswidrige Täuschung dann angenommen werden müsse, wenn sich ergebe, daß der Käufer im Augenblicke des Kaufes weder den Willen gehabt, den Kaufpreis zu bezahlen, noch die Möglichkeit vorausgesehen habe, denselben bezahlen zu können, weil es sich von selbst verstehe, daß der Verkäufer nur bei der Voraussetzung, es werde Zahlung des Kaufpreises erfolgen, ihm die Waare abgetreten habe, demnach es besonderer täuschenden Handlungen gar nicht bedarf, übrigens auch dieses Requisit wenigstens gegenüber einzelnen Creditoren hier ebenfalls eintritt, indem die Häuser N. N. durch eine Reihe falscher Vorspiegelungen (z. B. daß die Angeklagten bei guter Bedienung die eigene Fabrikation von Indienne aufgeben würden, während sie eine solche gar nicht hatten; ferner daß sie viele Bestellungen haben und daß die Waaren schon auf Muster verkauft seien, während sie die empfangenen Lieferungen sofort verpfändeten) und durch täuschende Handlungen (wohin namentlich der übertriebene Aufwand in der Art zu reisen und überhaupt ihr großartiges Auftreten gehört) bestimmt worden sind, den Inquisiten zu creditiren; —

5) daß der Betrag der seit 1. December 1851 bis April 1852 von zwölf verschiedenen Häusern gemachten Waarenbezüge sich auf 36,423 Fr. beläuft, jedoch da die Inquisiten zu 40 Procent ein Accommodement abgeschlossen, einigen Creditoren noch etwas mehr bezahlt und ferner selbst 1852 noch etwelche Zahlungen an Dritte geleistet haben, der Betrag des Verbrechens sich nicht genau bestimmen läßt, immerhin aber auf eine 800 Fr. a.-W. weit übersteigende, ungefähr zwischen der Hälfte und zwei Drittheilen des Gesammtwerthes der Waaren befindliche Summe anzusetzen ist; —

6) daß beide Inquisiten bei sämmtlichen betrüglichen Handlungen als Urheber erscheinen, da ein gleiches Interesse zur Verübung derselben vorhanden war und dieselben theils durch beide gemeinschaftlich,

theils doch unter gegenseitigem Vorwissen und Einverständnisse vorgenommen worden sind, so daß mit Bestimmtheit anzunehmen ist, daß eine im Interesse der Firma von dem Einen ohne Vorwissen des Andern vorgenommene Handlung jedenfalls von diesem nachträglich gebilligt worden sei. (Prot. des Gesammtobergerichts vom 17 Februar 1853 i. S. Mack und Baumberger.)

II. Zum Gesetze betreffend die Organisation der Rechtspflege.

12. In Fällen, in welchen Recurse gegen Beschlüsse der Anklagecommission an das Obergericht gelangen oder in welchen von der Civil- oder der Criminalabtheilung Beschlüsse gefaßt worden sind (z. B. nach Maßgabe des § 3 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren oder über Incompetenz), ist der Ausstand derjenigen Mitglieder, welche bei dem Recursalbescheid oder anderweitiger Beschlußnahme mitwirkten, bei dem Schwurgerichte, vor welchem der betreffende Fall verhandelt werden wird, nicht begründet. Indessen ist es jenen Mitgliedern, welche Aussicht haben, als Schwurgerichtspräsidenten die Verhandlung der betreffenden Fälle leiten zu müssen, gestattet, bei Behandlung solcher Recurse in Ausstand zu treten.

Für die Entscheidung dieser Frage ist nämlich § 7 c maßgebend und von den daselbst aufgezählten Verhältnissen trifft hier keines zu. Vor Allem erscheint das Obergericht gegenüber dem Schwurgericht nicht als eine untere Instanz und von dem Vorhandensein eines „Schiedsrichters“ oder „Bevollmächtigten“, die in der Sache gesprochen oder gerichtlich gehandelt, ist natürlich gar keine Rede. Aber auch davon kann keine Rede sein, daß ein Gerichtsmitglied, das bei einem Beschluß oder Entscheide mitstimmt, der sich auf einen Rechtsstreit bezieht, hiedurch „einen Auftrag zu einer gerichtlichen Handlung gebe“. Denn das Gesetz

versteht unter „gerichtlichen Handlungen“ offenbar nicht richterliche Functionen und unter „Auftraggeben zu gerichtlichen Handlungen“ keineswegs etwa richterliche Bescheide, Beschlüsse, Befehle, Verfügungen, Anleitungen u. s. w. zu Handhabung des Rechtes oder Leitung und Ordnung des Verfahrens, sondern Thätigkeit der Parteien oder Stellvertreter im eigenen Interesse jener erstern dem Gerichte gegenüber und Geheiß oder Vollmachtertheilung einer Person, die für sich oder Namens einer andern betheiligt ist, deren Interesse sie zu wahren hat, an einen Andern zu Vornahme der zu diesem Behuf erforderlichen gerichtlichen Schritte.

Die Gestattung des Ausstandes rechtfertigt sich mit Rücksicht auf die besondere Stellung des Schwurgerichtspräsidenten. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 23. November 1853.)

---

13. Im Sinne des § 96 liegt es, daß ein neugewähltes Mitglied des Obergerichtes an die Stelle seines Vorgängers im Amte (Civil- oder Criminalabtheilung) eintritt. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 24. December 1853.)

---

14. Zu einem Beschluß über die Anklageschrift soll die Anklagecommission vollständig besetzt sein. Wenn ein Mitglied (gemäß § 113 des Gesetzes betreffend die Organisation der Rechtspflege) die Voruntersuchung geführt hat, so ist aus diesem Grunde bei einem Beschluß im ersterwähnten Sinne dessen Ausstand nicht erforderlich. Für jeden einzelnen wirklichen Ausstandsfall bezeichnet der Präsident der Civilabtheilung aus deren Mitte einen Ersatzmann der Anklagecommission. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 24. Februar 1853.

III. Zum Gesetze betreffend des Strafverfahren.

a. Privatstrafklage.

15 H. hatte gegen die Brüder M. wegen Betrugs und betrüglichen Bankerotts und gegen F. wegen Anstiftung beziehungsweise Gehülfenschaft dazu geklagt. Nach beendigter Voruntersuchung überwies die Staatsanwaltschaft die Brüder M. dem Bezirksgerichte wegen leichtsinnigen Bankerotts im Sinne des § 248 a und b des Strafgesetzes, indem sie zur weitern Verfolgung der drei Genannten im Sinne der Klage nicht genügende Beweise vorfand. H. suchte nunmehr bei der Anklagekommission darum nach, gemäß § 10 die Strafklage selbstständig betreiben zu dürfen; — die Anklagekommission nahm indeß die Strafklage nicht an Hand, weil nach § 10 der Geschädigte die Strafklage nur unter der Voraussetzung des § 9, also nur dann betreiben könne, wenn der betreffende Beamte die Anklage nicht erheben wolle, hier aber diese Voraussetzung nicht zutreffe, da die Staatsanwaltschaft diejenigen verbrecherischen Handlungen, durch welche H. sich für geschädigt halten könne (andere ihn persönlich nicht berührende Verbrechen würden ihn unter keinen Umständen zur Betreibung der Strafklage berechtigen), wirklich verfolgen wolle, sodann aber es sich von selbst verstehe, daß, sobald die gegen die Brüder M. gerichtete Klage nicht vor das Schwurgericht gebracht werden könne, dieß eben so sich verhalte mit derjenigen gegen F., welchen H. als den Anstifter oder wenigstens Gehülfen bezeichnet habe; — auf die Beschwerde H.'s, welcher davon ausging, daß die Angeschuldigten die ihnen zur Last gelegten Verbrechen wirklich begangen haben und daß die Voraussetzung des § 10 vorhanden, da die Klage in Gehalt und Ausdehnung von derjenigen der Staatsanwaltschaft verschieden sei, erklärte das Obergericht die Betreibung der fraglichen Strafklage durch H. zulässig, soweit dieselbe gegen die Brüder M. und F. auf Betrug und betrüglichen Bankerott gerichtet sei und H. sich hiebei als Geschädigter darstelle, in der Meinung, daß H. zuvor

die erforderliche Kaution bestelle und in der weitern Meinung, daß er eine formelle Anklageschrift gemäß § 206 der Anklagekommission einzureichen habe, welcher dann obliege, die Kognition nach § 208 eintreten zu lassen; — die angewandten Grundsätze sind hiebei folgende: Vorerst gilt die Rekursfrist des § 211 nur da, wo eine formelle Anklageschrift gemäß § 206 der Anklagekommission eingereicht und hierauf von letzterer nach Maßgabe des § 208 ein Beschluß gefaßt worden ist; hingegen die Rekursfrist des § 152 da, wo die Anklagekommission schon auf die Erklärung des Geschädigten hin, er wolle die Strafklage betreiben, das von ihm beabsichtigte Verfahren unzulässig findet; — im vorliegenden Fall ist die Voraussetzung des § 10 vorhanden, da der Staatsanwalt gegen die drei Personen wegen Betrugs und betrüglichen Bankerotts die Anklage nicht erheben oder, was dasselbe ist, nicht zum Hauptverfahren schreiten will. Das rechtliche Interesse des H. an strafrechtlicher Verfolgung der M. und des F. wegen der angeführten Verbrechen ist nämlich dadurch keineswegs aufgehoben, daß der Staatsanwalt die beiden M. wegen leichtsinnigen Bankerotts verfolgt, denn auf diese Weise würde die strafrechtliche Ermittlung über Verkürzung der Gläubiger durch fingirte Geschäfte so wie darüber, ob hiebei so wie an dem Betruge der dritte Angeschuldigte Theil genommen habe, wegfallen, während doch das rechtliche Interesse des H. als Geschädigten in allen diesen Beziehungen vorhanden ist; — in dem Umfang, in welchem die Privatklage zulässig ist, ist der Geschädigte dem Staatsankläger gleichzustellen. Da nun die Anklageschrift die Basis für das Hauptverfahren bildet und deren Prüfung durch die Anklagekommission eine Garantie gegen Zulassung leichtfertiger oder formell inkorrekter Anklagen enthalten soll, so wäre selbst ohne weitern Anhaltspunkt im Gesetz anzunehmen, daß die Einreichung einer Anklageschrift auch seitens des Privatklägers zu geschehen habe. Eine Hinweisung darauf findet sich übrigens in § 208 in den Worten: „Die Anklagekommission hat die Frage der Schuld (mit Vorbehalt der Bestimmungen des § 10) zu prüfen". Dieser Vorbehalt

kann nach dem ganzen Zusammenhang und wenn man auf den angeführten Grund der Prüfung der Anklageschrift sieht, nicht etwa dahin verstanden werden: „mit Ausnahme des in § 10 bezeichneten Falles", sondern es ist ihm nur der Sinn beizumessen, daß in diesem Falle neben der regelmäßig eintretenden Prüfung namentlich auch darauf zu sehen sei, ob die in § 10 bestimmte Kaution bestellt und auch nach jetziger Sachlage genügend sei und ob nicht etwa dem Geschädigten jedes rechtliche Interesse an der Betreibung einer von ihm gewollten Strafklage darum abgehe, weil der Staatsanwalt dieselbe Handlung, wenn auch in etwas anderer Art als der Geschädigte will, strafrechtlich verfolge, mithin dieser die Nichterhebung der Strafklage durch den Staatsanwalt nur vorschütze. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 29. November 1853.)

---

b. Wiederherstellungsgesuch.

16. Dem Gesetze betreffend das Strafverfahren ist das Rechtsmittel der Revision unbekannt und es sind an dessen Stelle die Rechtsmittel der Kassation und der Restitution getreten. (Prot. des Gesammtobergerichts vom 3. Februar 1853 i. S. Pfenninger; i. S. Rüegg; i. S. Erni.

---

17. In dem, Beiträge Bd. XVIII, S. 111 ff. abgedruckten Falle hatte Hs. Ulrich Schmid, welcher von der ersten Instanz des nahen Versuches eines einfachen Betruges unter 300 Franken schuldig erklärt worden war, zwar die Berufung ergriffen, solche jedoch wieder zurückgezogen. Nach erfolgter Freisprechung des Rudolf Schmid und Jakob Brunner, welche von der ersten Instanz der Gehülfenschaft schuldig erklärt worden waren, suchte Hs. Ulrich Schmid um Restitution nach, weil nunmehr angenommen werden müsse, daß das von der ersten Instanz beurtheilte Vergehen überall nicht begangen und daß seither ein Straferkenntniß ausgefällt worden sei, welches mit der

ersten Beurtheilung in Widerspruch stehe, somit § 171 a und b hier wörtlich Anwendung finde.

Das Obergericht verwarf dieses Gesuch,

in Erwägung:

1) daß bei der Wiederherstellung in den frühern Zustand vorausgesetzt wird, daß der Thatbestand des angefochtenen Urtheils ein falscher, der wahre Sachverhalt dem urtheilenden Richter verborgen geblieben und nunmehr die Unvereinbarkeit des wirklichen Sachverhaltes und eigentlichen Thatbestandes mit der frühern Verurtheilung an's Licht gestellt sei, sei es nun daß es sich zeigt, daß es überhaupt an irgend welchem Thatbestand eines Verbrechens mangelt oder daß das fragliche Verbrechen von einem Andern verübt oder daß durch ein Verbrechen (gerichtliche Verleumdung, falsches Zeugniß) auf das Ergebniß des nunmehr angefochtenen Strafverfahrens eingewirkt worden sei; —

2) daß über diese Bedeutung des Rechtsmittels der Wortsinn und Geist des § 171, insbesondere die Bestimmungen a bis c in ihrem Zusammenhange nicht den geringsten Zweifel lassen, womit denn auch der Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit vollkommen übereinstimmt; namentlich aber unter a unmöglich die bloße rechtliche Würdigung von Thatsachen, welche dem rechtskräftigen Urtheile wirklich zu Grunde liegen, verstanden werden kann, in Berücksichtigung deren die zweite Instanz auf ergriffene Appellation hin vielleicht eine Freisprechung hätte eintreten lassen, da in diesem Falle, der gegenwärtig allein vorliegt, die Thatsachen und Handlungen ja immerhin bestehen, während gerade die Nichtexistenz von solchen vorausgesetzt werden muß; —

3) daß endlich auch litt. b durchaus von der nämlichen Voraussetzung ausgeht und theilweise den Fall a, wenn auch in einem andern Stadium, in sich begreift, insoweit nämlich als dem angefochtenen rechtskräftigen Urtheile nunmehr sogar ein späteres

Straferkenntniß, d. h. Schuldurtheil, gegenüber steht, das z. B. die ausschließliche Urheberschaft desselben Verbrechens einem Andern aufbürdet, während der Erste schon dafür bestraft worden ist. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 24. Dezember 1853.)

---

18. In Fällen, da der Staatsanwalt auf jede weitere Verfolgung des Restitutionspetenten verzichtet hat (z. B. wenn Jemand wegen eines Verbrechens verzeigt und bestraft worden war, nachher aber der Verzeiger selbst wegen gerichtlicher Verleumdung verfolgt und bestraft, die Restitution des Verleumdeten jedoch erst nachträglich betrieben wurde), hat § 174 offenbar nur den Zweck, die Ehre des schuldlos Verurtheilten durch eine förmliche Freisprechung von Seite desselben Gerichts, welches das Schuldurtheil ausgefällt hat, öffentlich wieder herstellen zu lassen. Hiezu kann aber der Gesetzgeber die Mitwirkung der Geschwornen um so weniger beabsichtigt haben, als er dieselbe nach § 213 da ausdrücklich ausgeschlossen hat, wo über die Schuld des Angeklagten unter den Parteien kein Streit herrscht, während doch vom gesetzgeberischen Standpunkt aus eine Verhandlung der Schuldfrage vor den Geschwornen hier noch eher gerechtfertigt hätte erscheinen müssen als in Fällen der erstern Art, bei welcher die Nutzlosigkeit eines solchen Zeit- und Kostenaufwandes in die Augen springt. In einem solchen Falle hat daher das Schwurgericht im engern Sinn auf Grundlage der Akten- und Parteivorträge zu entscheiden. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 12. Oktober 1853 i. S. Lienhard [1]).

[1]) Im Sinne des Gesetzes dürfte es nun liegen, daß das Obergericht bloß die Wiederherstellung erkennt und das Geschäft dem Schwurgerichte zuweist, ohne das frühere Urtheil aufzuheben. Hierauf deuten die Worte, „auf welche das angefochtene Urtheil sich gründet“ und die Natur der Sache, da die Aufhebung und Abänderung enge zusammenhangen.

---

c. Hauptverfahren.

19. Die Bestimmung des § 254, daß der Staatsanwalt oder der Vertheidiger, falls sie sich über eine Handlung des Präsidenten beschweren wollen, dieß kurz, aber genau zu Protocoll zu erklären haben, hat keineswegs den Sinn, daß der Betreffende, um später über irgend einen Punkt Beschwerde (Kassationsgesuch) erheben zu können, eine hierauf bezügliche Erklärung zu Protocoll geben müsse, vielmehr denjenigen, daß der Beschwerdeführer sich den Beweis für die der Beschwerde zu Grunde liegenden Thatsachen lediglich und ausschließlich durch Abgabe der nöthigen Erklärungen zu Protocoll sichern könne. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 1. September 1853.)

---

20. § 271 nimmt zwar zunächst nur auf das Verfahren vor Schwurgericht Bezug, indeß steht wegen des gleichen Grundes einer analogen Ausdehnung jener Bestimmung auf den Angeschuldigten überhaupt nichts entgegen. Unter den Kosten aber, welche durch eigene Handlungen verschuldet worden, müssen nicht nothwendig Proceßkosten im engern Sinne verstanden werden, sondern sind auch die Untersuchungskosten zu verstehen, welche der Angeschuldigte durch sein eigenes unredliches oder fehlerhaftes Benehmen verschuldet hat. (Prot. des Gesammtobergerichtes vom 13. Januar 1853 i. S. Widmer.)

XXXII.

1. Von dem Augenblicke an der Eintragung einer Concurseröffnung in das Gerichtsprotocoll kann hinsichtlich des eröffneten Concurses nur das Gericht gültig verfügen.

2. Nach dem Erscheinen der Warnung vor dem Auffall darf bei grundversicherten Forderungen der Rechtstrieb nicht mehr gehemmt werden.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes

hat

am 16. März 1854,

nach Anhörung des Antrages der Justizcommission in Sachen des Herrn Fürsprech Schauberg Namens des Herrn Gemeindeammann Wolfensperger in Greifensee und des Hs. Rudolph Pautli auf Dübelstein, Dübendorf, betreffend Beschwerde über eine Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Uster,

da sich ergeben:

A. Am 25. vor. M. sei in Folge der Betreibung des Wolfensperger für 3300 fl. nebst Zinsen der Concurs gegen Pautli eröffnet worden, der Präsident des Bezirksgerichtes Uster habe aber durch Verfügung vom 7. d. M. die Notariatskanzlei Schwamendingen beauftragt, einstweilen die Publication des Auffalls noch nicht zu erlassen, dagegen die Inventarisation und Obsignation des Auffallsgutes und überhaupt alle zu dessen Sicherheit erforderlichen Anordnungen vorzunehmen, da Pautli behaupte, nach dem zwischen ihm und Wolfensperger pendenten Proceß stehe ihm auf diesen eine weit größere Gegenforderung zu und Wolfensperger leide keinen Nachtheil, wenn der Rechtstrieb sistirt werde, bis dieser Proceß erledigt sei, da ja seine Forderung eine grundversicherte sei; —

B. Wolfensperger suche um Aufhebung dieser Verfügung und sofortige Publication des Concurses nach, da Pantli nicht länger bestehen könne, weil er kein Vieh mehr besitze und seinen Gewerb nicht mehr bearbeite und zudem die Gegenforderung nicht einmal wahrscheinlich gemacht werden könne; —

C. Beim Bezirksgericht Uster sei zwischen den Litiganten ein Proceß anhängig über die Frage: „Muß Beklagter Wolfensperger 5561 fl. 6 ß. an Hs. Rudolf Pantli bezahlen, resp. die beiden 3300 fl. haltenden Schuldbriefe tilgen und den Ueberrest an Pantli ausbezahlen?"; —

D. Durch Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Uster vom 9. d. M. sei die Verfügung vom 7. gl. M. wieder aufgehoben, dem Pantli jedoch noch eine Rekursfrist von 4 Tagen angesetzt worden, da die Forderung, für welche Pantli am Rechtstrieb stehe, eine grundversicherte und dafür der Rechtstrieb durchgeführt worden sei, während die Gegenforderung des Pantli keineswegs als so liquid erscheine, daß sie zur Compensation verstellt werden könnte; —

E. Hierüber beschwere sich der Anwalt des Recurrenten Wolfensperger, da die beiden Verfügungen weder formell noch materiell gültig und daher sofort aufzuheben seien, und bitte um directe Mittheilung des Bescheides an die Notariatskanzlei Schwamendingen, damit die Publication sofort erlassen werden könne; der Bezirksgerichtspräsident sei nicht befugt, nachdem einmal der Concurs eröffnet sei, in seiner Einzelnstellung hinsichtlich des Concurses zu verfügen und namentlich dessen Vollziehung zu hemmen; bloß das Gericht sei hiezu kompetent; ferner seien die Forderungen des Wolfensperger grundversicherte und durch gerichtliches Urtheil festgestellt, weßhalb denn eben der Rechtstrieb dafür durchgeführt worden sei; es verstehe sich von selbst, daß nach der Concurseröffnung eine illiquide Gegenforderung nicht zur Compensation verstellt werden könne;

F. Zugleich mit der Antwort auf diesen Recurs beschwere sich

Pantli ebenfalls über die Verfügung vom 9. d. M.; Wolfensperger habe ihm in den Jahren 1846 und 1847 mehrmals Bürgschaft geleistet und ihn dann überredet, ihm einen 4500 fl. haltenden Brief mit Martini 1847 auf seine Liegenschaften zu errichten, damit er sicher sei, daß er nicht zu viel Geld auf diese aufnehme; dieser sei später entkräftet und statt dessen auf gleiche Weise ein 2200 fl. und ein 1100 fl. haltender Brief errichtet worden, auch wieder ohne daß er, Pantli, von Wolfensperger Geld erhalten hätte; sodann habe der letztere mit Martini 1852 zwei Zinse von den 3300 fl. gefordert und auf Mai 1853 das Capital aufgekündet; hierauf habe er Proceß eingeleitet, sei vor Bezirksgericht Uster unterlegen und habe die Appellation zurückgezogen, jedoch mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, sein Recht auf anderm Weg zu suchen; in Folge dessen habe er den gegenwärtig noch nicht erledigten Proceß angehoben; indem er weitläufig nachzuweisen versuche, für welche Posten ihm Wolfensperger Bürgschaft geleistet habe, und behaupte, derselbe schulde ihm gegenwärtig 1424 fl., bitte er um Sistirung des Concursverfahrens bis nach Erledigung des Civilprocesses; —

G. Der Präsident des Bezirksgerichtes Uster bemerke, Pantli sowohl als dessen Ehefrau, die Tochter des Wolfensperger, haben ihm die Versicherung gegeben, daß Aussichten vorhanden seien, das Concursverfahren wieder aufzuheben, und haben ihm eine Schatzung ihres Gewerbes von circa 18000 fl vorgelegt; daher habe er theils mit Rücksicht auf das verwandtschaftliche Verhältniß der Litiganten, theils weil er eine einstweilige Sistirung des Concursverfahrens auch im Interesse des Wolfensperger gefunden, das Gesuch des Pantli, daß ihm noch einige Gelegenheit gegeben werde, um seinem Concurs zuvorzukommen, für gerechtfertigt gehalten: : —

in Erwägung:

zum Recurse des Wolfensperger:

1) Daß, wenn auch nach § 44 Satz 3 des Gesetzes über die Schuldbetreibung die Concurseröffnung in Folge eingegangener Anzeige

des Schuldenschreibers über erfolgte Durchführung der Betreibung von dem Bezirksgerichtspräsidenten angeordnet wird, er hierin doch nicht in seiner Einzelncompetenz handelt, vielmehr die Eröffnung des Concurses, wie das ganze Concursverfahren überhaupt dem Gerichte anheimfällt, sich als eine gerichtliche Verfügung darstellt (§ 61 des Gesetzes über das Gerichtswesen), die, wenn auch von dem Präsidenten, doch nur in seiner Stellung als Vorstand des Gerichtes und Namens desselben erlassen, durch das Gerichtsprotocoll geht und der Genehmigung des Gerichtes unterliegt, § 61 cit. a. G.; —

2) daß hieraus von selbst folgt, daß von dem Zeitpuncte der Aufnahme der Verfügung in das Gerichtsprotocoll an die Befugniß dießfälliger weiterer Anordnungen nur noch dem Gerichte und nicht mehr dem Präsidenten in seiner Einzelncompetenz zukommt und wenn auch in dringenden Fällen der Präsident allein zu handeln veranlaßt oder genöthigt ist, dieß wieder nur vorläufig Namens des Gerichtes und durch das Gerichtsprotocoll geschehen kann; —

3) daß daher die recurrirten Verfügungen vom 7. und 9. d. M., als durch das Audienzprotocoll des Bezirksgerichtspräsidenten gegangen und daher in seiner Einzelncompetenz erlassen, wegen Unzuständigkeit des verfügenden Beamten an Richtigkeit leiden; —

4) daß sie aber auch materiell unrichtig und unstatthaft sind, indem sie sich gegen die bestimmte Vorschrift des § 60 Satz 2 des Gesetzes über die Schuldbetreibung, wonach bei grundversicherten Forderungen eine Hemmung der Execution nach erfolgter Ausfertigung der Warnung vor dem Auffall (gegen den Willen des Gläubigers) nicht mehr erfolgen darf, verfehlen, — und wenn zwar auch in der gleichen gesetzlichen Bestimmung eine Ausnahme für den Fall zugelassen ist, wo der Einspruchsgrund erst später entstanden ist, diese Voraussetzung hier gar nicht zutrifft, zumal

die Umstände, auf welche Pantli in dem ebenfalls von ihm gegen die in Rede stehenden Verfügungen ergriffenen und zugleich als Beantwortung der Wolfenspergerschen Beschwerde dienenden Recurse dießfalls sich berufen zu wollen scheint, nämlich daß:

a. Wolfensperger in einem in der ersten Hälfte des verflossenen Jahres unter den Parteien vor Bezirksgericht Uster geführten Processe habe anerkennen müssen, daß den zwei auf Darlehen lautenden Schuldbriefen, für deren Betrag er, Pantli, nun zum Concurs betrieben ist, kein baares Darlehen, sondern geleistete Bürgschaft, aus welcher Wolfensperger Zahlung geleistet zu haben behauptet, während Pantli dieß leugnet, zum Grunde liege und

b. daß gerade über diesen Punkt und somit auch über das Bestehen des Schuldverhältnisses, für welches er, Pantli, jetzt zum Concurs betrieben sei, ein Proceß vor Bezirksgericht Uster obschwebe;

dem gesetzlichen Erforderniße nicht entsprechen, da

ad a.: was auch immer aus jenem Geständnisse zu Gunsten des Pantli hätte abgeleitet werden können, oder in dem obschwebenden Processe etwa noch abgeleitet werden mag — inwiefern dieß möglich sei, steht jetzt nicht zu untersuchen — dieß ja jedenfalls keine neue, sondern lange vor Anhebung des jetzt bis zum Concurse gediehenen Rechtstriebes entstandene und dem Pantli bekannt gewesene Thatsache ist, und

ad b.: die bloße Einleitung eines Processes über die Forderung, für welche eine Betreibung über das in § 60 cit. erwähnte Stadium, sei es wegen Unterlassung einer rechtzeitigen Auswirkung eines Rechtsvorschlages, sei es wegen erfolgter Rechtsöffnung, hinausging, die Wirkung des Eintrittes dieses Stadiums nicht aufzuheben oder zu hemmen vermag, wie denn ja auch von selbst einleuchtet, daß sonst die gesetzliche Bestimmung jede

Bedeutung verlöre, indem es einfach und jeder Zeit von dem Betriebenen abhinge, durch Einleitung eines Processes die weitere Vollstreckung zu hemmen; —

zum Rekurse des Pantli:

5) daß durch obige Erwägungen sich seine Beschwerde von selbst erledigt, indem er daraus entnehmen wird, daß seinem Gesuche um Sistirung des Concurses, sofern er nicht den Wolfensperger einstweilen bezahlt oder sich sonst mit ihm verständigt, von den Gerichten ohne directe Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprochen werden kann und ihm daher, wenn und soweit ein Proceß gegen Wolfensperger über die fragliche Forderung zu seinen Gunsten ausfallen sollte, lediglich sein Recht gegen Wolfensperger vorbehalten bliebe: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs des Wolfensperger begründet, derjenige des Pantli unbegründet und daher die Verfügungen des Bezirksgerichtspräsidiums, so weit sie eine Sistirung des Concurses gegen Pantli anordneten, beziehungsweise demselben Frist ansetzten, aufgehoben; —

2. Trage Pantli die Kosten und entschädige den Wolfensperger mit drei Franken; —

3. Sei dieser Beschluß dem Präsidenten des Bezirksgerichtes Uster und den Parteien unter Rücksendung der Akten mitzutheilen.

XXXIII.

Ein zürcherischer Kantonsbürger, welcher als Aufseher in einer würtembergischen Fabrik bleibend angestellt ist, kann dennoch nicht vor den würtembergischen Gerichten belangt werden.

Der durchaus selbstständig handelnde Jakob Muggler aus Riesbach war vor einigen Jahren unter sehr vortheilhaften Bedingungen als Arbeiter in die mechanische Seidenzwirnerei der Herren Weber und Comp. in Riesbach eingetreten und hatte sich in dem schriftlich abgefaßten Dienstvertrage unter einer Conventionalstrafe verpflichtet, wenn er jemals den Dienst aufgeben sollte, vor Ablauf eines gewissen Zeitraumes keine ähnliche Anstellung an einem andern Orte anzunehmen. Durch diese Vertragsbestimmung wollten die Herren Weber und Comp. sich sicher stellen, daß ihre Fabrikeinrichtungen, die Art und Weise ihrer Geschäftsbetreibung von dem austretenden Arbeiter, dem sie unbedingtes Vertrauen schenken und Alles mittheilen mußten, nicht sogleich an eine andere concurrirende Fabrik verrathen und dort anwendbar gemacht werde. Vermuthlich und gewiß um die Fabrikgeheimnisse der Herren Weber und Comp. zu erfahren, wurde im August 1852 von einer Fabrik in Isny, königlich würtembergischen Oberamtsgerichtes Wangen, Muggler gewonnen und bestimmt, ganz entgegen den auf mehrere Jahre eingegangenen Verpflichtungen, plötzlich den Dienst aufzukünden und zu verlassen. Begreiflich verletzte ein solcher Vertragsbruch die Herren Weber und Comp sehr, und sie verklagten daher den nach Isny als Fabrikaufseher übergesiedelten Muggler auf Bezahlung der anbedungenen Conventionalstrafe. Die Gültigkeit und Klagbarkeit der dießfälligen Vertragsbestimmung mag ganz dahingestellt bleiben, nur in Frage kommt für jetzt, ob Muggler, als in Isny nunmehr wohnhaft, bei dem dortigen Oberamtsgerichte habe verklagt werden können. Das Oberamts-

gericht Wangen trug über seine Zuständigkeit als Gerichtsstand des Wohnortes keinen Augenblick Bedenken, nahm die Klage der Herren Beder und Comp. an und entschied dieselbe durch Erkenntniß vom 30. April 1853, freilich aus materiellen Gründen, d. h. weil Muggler zur Zeit der Eingehung des streitigen Vertrages noch minderjährig und nicht gehörig vertreten gewesen sei, zu ihren Ungunsten: allein der Gerichtshof in Ulm, an welchen die Sache auf dem Wege der Appellation sodann gelangte, hob am 25. Juni 1853 ohne Beschwerde des Beklagten wegen der mangelnden Zuständigkeit das Urtheil des Oberamtsgerichtes Wangen als null und nichtig auf und verwies die Kläger an die zürcherischen Gerichte, denen Muggler noch fortdauernd unterworfen sei. Die Herren Beder und Comp. reichten gegen die Entscheidung des Gerichtshofes in Ulm bei dem höchsten würtembergischen Gerichtshofe, dem Civilsenate des königlichen Obertribunals zu Stuttgart, Beschwerde ein, indem sie auszuführen suchten, daß der inzwischen auch volljährig gewordene Muggler um so mehr vor den würtembergischen Gerichten müsse verfolgt werden können, als es nach dem zürcherischen Proceßrechte unmöglich sei, gegen den Muggler, welcher seit August 1852 in der Fabrik zu Isny als Aufseher angestellt sei und sich dort aufhalte, noch vor den zürcherischen Gerichten, resp. dem Bezirksgerichte Zürich, eine Klage anzubringen. Durch Beschluß vom 30. December 1853 verwarf aber unerwarteter Weise das Obertribunal die Beschwerde und zwar aus nachfolgenden merkwürdigen Entscheidungsgründen:

1) „Der Beklagte, ein Angehöriger des Cantons Zürich, hält sich zwar derzeit in Isny, Oberamtsgerichts Wangen, auf, es kann aber dieser Ort nicht als sein Wohnsitz im rechtlichen Sinne betrachtet werden. Denn wenn auch die rechtliche Möglichkeit, daß der Beklagte sein Domicil in Isny oder überhaupt anderswo als im Canton Zürich habe, dadurch, daß er Staatsbürger dieses Cantons ist, nicht gerade ausgeschlossen sein mag, so muß doch

im Zweifelsfall von Demjenigen, welcher, unter Beibehaltung des Heimatsrechtes in seinem Lande, sich im Auslande aufhält, angenommen werden, daß sein Aufenthalt im Auslande nur ein temporärer sei, indem die Beibehaltung des Heimatsrechtes in der seitherigen Heimat auf die Absicht hinweist, seinerzeit wieder dahin zurückzukehren. Im vorliegenden Fall aber ist man zu der Annahme, daß der Beklagte Muggler sein Domicil in seinem Heimatsorte Riesbach aufzugeben und sich in Isny bleibend niederzulassen beabsichtigt habe, um so weniger berechtigt, als nicht behauptet wird, daß er sich in Isny einen eigenen Hausstand gegründet habe und die Beschäftigung als Fabrikarbeiter oder Aufseher, welche ihn derzeit daselbst festhält, von der Art ist, daß sie jeden Augenblick wieder aufhören kann.

2) Dadurch, daß Jemand sich bloß zeitig an einem Orte aufhält, wird der Regel nach ein Gerichtsstand nicht begründet. In den Staatsverträgen mit Bayern und Baden vom 31. August 1821 beziehungsweise 3. Januar 1826 ist zwar auch ein Gerichtsstand des Aufenthaltsortes, übrigens Bayern gegenüber nur unter gewissen Beschränkungen, anerkannt; es ist dieß aber eine Abweichung von dem sonst geltenden Proceßgrundsatz, daß persönliche Klagen nur bei dem Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten angebracht werden können, und es kann jene Ausnahmsbestimmung in Fällen, wie der vorliegende, um so weniger analoge Anwendung finden, als selbst bayerische und badische Staatsangehörige, welche sich in Würtemberg aufhalten, nur von Angehörigen der contrahirenden Staaten bei würtembergischen Gerichten belangt werden können; —

3) das appellantische Vorbringen betreffend, daß der Beklagte als Arbeiter oder Aufseher in der Fabrik des Chr. Ulrich Springer in Isny zu dem Gesinde des Letztern zu zählen sei, und daher dessen Gerichtsstand theile, so ist der Grundsatz, daß das Gesinde

den Gerichtsstand der Dienstherrschaft theile, in dem würtembergischen Proceßrecht nicht anerkannt, weßhalb auch das Oberamtsgericht Wangen dem Beklagten gegenüber selbst dann nicht als zuständig zu betrachten wäre, wenn derselbe in der Eigenschaft als Fabrikarbeiter oder Aufseher wirklich zu dem Gesinde des Fabrikherrn zu zählen wäre; —

4) eine Prorogation endlich läßt sich, wie schon von dem Gerichtshof bemerkt worden, deßwegen nicht als vorhanden annehmen, weil die Parteien, wie von appellantischer Seite selbst anerkannt wird, bei der Verhandlung des vorliegenden Processes vor dem Oberamtsgericht Wangen von der Voraussetzung ausgegangen sind, daß dieses an sich zuständig sei; von Einholung einer nachträglichen Erklärung des Beklagten darüber aber, ob er auf das Oberamtsgericht Wangen zu prorogiren geneigt sei, kann es sich um so weniger handeln, als das oberamtsgerichtliche Erkenntniß durch die Verfügung des Gerichtshofs bereits als nichtig aufgehoben ist.

Diesem nach war unter Verfällung des Appellanten in die Kosten und Sporteln dieser Instanz, wie geschehen, zu erkennen." —

Vergeblich hatten in ihrer Beschwerde die Herren Weber und Comp. ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck vom 19. April 1845, in Seuffert's Archiv, Bd. IV, S. 421 angerufen; das weise würtembergische Obertribunal berührt dasselbe nicht einmal. Ein Frankfurter Bürgerssohn nämlich, seit mehreren Jahren zu Mannheim als Magazinier in Condition, wurde bei dem Stadtgerichte zu Frankfurt, als forum domicilii, auf Zahlung von Alimenten, Satisfactionsgebühren und Kindbettkosten belangt. Es wurde jedoch das Stadtgericht zu Frankfurt von dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck für nicht zuständig erklärt, weil der Beklagte sein forum generale gegenwärtig in Mannheim habe, indem er sich im Dienste bei einem dortigen Fabrikanten befinde, und es eine ausgemachte Regel sei, daß die Personen, welche zu Jemandes Gesinde gehören, in dessen Lohn und Brod

stehen, weil sie zu der Familie des Herrn gerechnet werden, während ihrer Dienstzeit den allgemeinen Gerichtsstand desselben theilen; selbst als Fremder, der sich nun schon über vier Jahre in Mannheim aufgehalten, könne er daselbst unbedenklich auf die Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten wenigstens dann belangt werden, wenn nicht nachgewiesen werde, daß er anderswo sein Domicil beibehalten habe.

Die Entscheidung des würtembergischen Obertribunales ist für die Würtemberger selbst am nachtheiligsten, weil die letztern dadurch gehindert werden, ihre persönlichen Ansprüche an die in Würtemberg sich aufhaltenden Fremden geltend zu machen. Das Interesse der Inländer zwingt zur gegentheiligen Bestimmung; daher verordnet auch z. B. die Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden vom 1. Juli 1851, Art. 7: „Der allgemeine Gerichtsstand erster Instanz in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist bei dem Untergerichte des Wohnsitzes des Beklagten begründet, oder wenn er im Inlande keinen Wohnsitz hat, bei dem inländischen Untergerichte, in dessen Bezirke sein Aufenthaltsort liegt“, und die allgemeine bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover vom 8 November 1850, § 5: „Der allgemeine Gerichtsstand wird durch den Wohnsitz oder durch den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Beklagten begründet“. Die ständischen Motive zu der hannoverischen Proceßordnung vom Jahr 1847 heben dabei ausdrücklich hervor, daß der Aufenthaltsort dem Wohnorte völlig gleichgesetzt sei, um den Kläger des oft mühsamen Beweises, daß und wo der Beklagte sein Domicil habe, zu entheben [1]). Auch Blaschke, die österreichische Jurisdictionsnorm in bürgerlichen Rechtssachen vom 18. Juni 1850, Gratz 1850, S. 22 spricht sich dafür aus, daß gegen Ausländer deren bloßer Aufenthalt die Zuständigkeit der

---

[1]) Leonhardt, die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover, Bd. II (Hannover 1851), S. 24.

inländischen Gerichte begründen müsse, weil sonst die Durchsetzung der Rechte gegen Ausländer sehr erschwert würde.

Die neuern schweizerischen bürgerlichen Proceßordnungen enthalten in dieser Rücksicht in der Regel sehr zweckmäßige Verfügungen. Die Proceßordnung in Civil- und Administrativrechtssachen für den Canton Solothurn vom 13. Christmonat 1839 (verfaßt von Reinert[1]), § 25 bestimmt: „Personen, die keinen Wohnsitz im Canton haben, können entweder bei jenem Gerichte belangt werden, in dessen Kreise sie anzutreffen sind, oder wo sie Liegenschaften besitzen, oder, wenn keines von beiden der Fall wäre, da, wo die Verbindlichkeit, auf deren Erfüllung geklagt wird, entstanden ist, oder wo sie erfüllt werden sollte." — Diese Bestimmung ist wieder in die Gerichts- und Proceßordnung für den Canton Basel-Landschaft vom 26. November 1844, § 38 wörtlich übergegangen und hat nur noch den Zusatz erhalten: „Dießfällige Vorschriften von Concordaten mit auswärtigen Staaten müssen jedoch beachtet werden." — Die bürgerliche Proceßordnung für den Canton Thurgau vom 3. April 1843 bezeichnet in § 2 den Gerichtsstand des Wohnortes als den allgemeinen und fügt dann in § 3 bei: „Als Wohnort wird derjenige Ort angesehen, wo Jemand seinen ordentlichen Aufenthalt hat, sei es als Beamter, Bürger, Niedergelassener oder Bedienstetet." — Offenbar nach dem Vorbilde der thurgauischen Proceßordnung ist dann § 43 des Gesetzes über das Civilrechtsverfahren im Canton Luzern vom 22. Weinmonat 1850 durch Casimir Pfyffer abgefaßt: „Persönliche Klagen sind vor jenem Gerichte anzubringen, in dessen Bezirk der Beklagte als Bürger, Einsäß oder Beamter angesessen ist, oder zu der Haushaltung einer auf diese Weise angesessenen Person gehört (forum domicilii)." Das thurgauische Gesetz ist hier vor-

---

[1]) Dessen Verdienste um die Gesetzgebung anerkennt auch Bluntschli, privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich, Zürich 1854, Bd. I, S. XXVII.

züglicher. — Die Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Canton Aargau vom 19. Christmonat 1851, § 12 e verfügt: „Personen, die keinen Wohnsitz im Canton oder im Staatsgebiete der Eidgenossenschaft haben, sind gehalten, vor demjenigen Bezirksgerichte zu erscheinen, in dessen Bezirke der Kläger sie findet.“ — Der aargauischen Proceßordnung ist hier vorangegangen das Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen für den Canton Bern vom 31. Heumonat 1847, § 11: „Personen, die im Staatsgebiete keinen ordentlichen Wohnsitz haben, können an dem Orte ihres zeitigen Aufenthaltes belangt werden.“ — Der Gesetzesentwurf betreffend das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Canton Zürich beantragt in § 2: „An die Stelle des Richters des Wohnortes tritt derjenige des Aufenthaltsortes bei Beklagten, die keinen festen Wohnort haben, so wie bei den in § 55, Nr. 2 bezeichneten Personen für den daselbst angeführten Fall.“ In diesem § 55, Nr. 2 ist gesagt, daß ausnahmsweise selbstständig gerichtlich auch auftreten können fremde Handlungsunfähige, die sich zu ihrer Ausbildung oder sonstigem Nutzen im Cantone aufhalten, in Sachen, die sich auf ihr Fortkommen oder ihren Aufenthaltszweck beziehen. Ferner verordnet § 3, Nr. 3 des Entwurfes, daß Angestellte, Gesellen, Lehrlinge, Dienstboten, insofern sie keinen andern allgemeinen Gerichtsstand im Canton besitzen, denjenigen ihrer Herrschaft haben Bei dem zürcherischen Entwurfe mag der noch immer sich auszeichnende Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen von Gönner, Erlangen 1815, Buch I, Cap. II, § 11 benützt worden sein, wo es auch heißt: „1) Der Ort des Aufenthalts ist bei Personen, welche im Lande keinen Wohnsitz haben, dem Wohnorte gleich. 3) Kinder unter väterlicher Gewalt haben den Gerichtsstand des Vaters, sie können jedoch, wenn sie als Studenten, Lehrlinge, Dienstboten u. dgl. vom väterlichen Hause entfernt sind, auch am Orte ihres Aufenthaltes belangt werden. 10) Fremde, welche sich im Lande aufhalten, können an dem Orte ihres Aufenthalts belangt werden.“

Schon Art. 59 der französischen Civilproceßordnung (Code de Procédure civile) verordnete auch, daß in persönlichen Sachen der Beklagte vor das Gericht seines Wohnsitzes zu laden sei, und wenn er keinen Wohnsitz habe, vor das Gericht seines Aufenthaltsortes.

XXXIV.

Zu § 63 des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung.

Das Obergericht des Standes Zürich
hat
am 3. Mai 1854,
nach Einsicht einer Zuschrift des Präsidenten des Bezirksgerichtes Hinweil, vom 1. d. M.,
da sich ergeben:

Herr Bezirksgerichtspräsident Weber wünsche Auskunft darüber, wie es in nachbenannten Fällen gehalten werden solle: Der § 63 des Rechtstriebgesetzes schreibe nämlich vor, daß nach ertheilter Rechtsöffnung der Rechtstriebbeamte den Rechtstrieb nach vierzehn, resp. sechs Tagen fortzusetzen habe, wenn ihm nicht binnen dieser Frist durch den Schuldner Bescheinigung eingereicht werde, daß er gegen die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Recurs ergriffen habe; — es frage sich nun, wie diese Frist zu berechnen sei, ob nämlich dieselbe abgelaufen sein müsse mit dem Tage, an welchem die Angaben überhaupt eingereicht werden müssen, also mit dem betreffenden Freitage; gemäß § 3 des Vollziehungsreglements scheine diese Frage bejaht werden zu müssen, indem hienach derartige Verfügungen den neuen Angaben gleichgestellt seien, diese aber gemäß § 14 des Rechtstriebgesetzes spätestens durch die Freitagspost versandt und abgegeben werden müssen; dieser Auffassung entgegen sei es nun schon wiederholt vorgekommen, daß der dortige

Schuldenschreiber die am Samstag versandten Rechtsöffnungen nach vierzehn Tagen noch spedirt habe; was von diesen gelte, müsse auch rücksichtlich derer anerkannt werden, die ihm am Montag zukommen; es lasse sich zwar nicht läugnen, daß Schuldner, die durch den Rechtsvorschlag nur Zeit gewinnen wollen, bei entgegengesetzter Ansicht einige Tage, ja vielleicht Wochen (bei folgendem Rechtsstillstande) profitiren, allein das Gesetz räume einmal eine Recursfrist von vierzehn Tagen ein, und diese brauche sich der Schuldner nicht verkürzen zu lassen; es würde dieses aber geschehen, wenn auch auf die am Montag versandten Rechtsöffnungen nach vierzehn Tagen der Pfandschein ꝛc. spedirt würde; gebe der Schuldner den Recurs am Montag Abend in Zürich ab, so könne er jedenfalls rechtzeitig der Ausfertigung des Pfandscheines nicht mehr zuvorkommen:: —

in Erwägung:

1) Daß eine Analogie des § 14 des Gesetzes über die Schuldbetreibung und des § 3 des Vollziehungsreglements auf die Einreichung der in § 63 des Gesetzes bezeichneten Bescheinigung über ergriffenen Recurs durchaus unstatthaft ist, indem jene Paragraphen sich lediglich auf Eingaben beziehen, welche entweder die Anhebung einer neuen Betreibung oder Fortsetzung einer unterbrochen gewesenen bezwecken, — während die in Frage stehende Bestimmung des § 63 gerade umgekehrt von Eingaben handelt, welche eine Hemmung der Betreibung zur Folge haben sollen, also eines Falles, der mit dem in § 61 des Gesetzes bezeichneten die größte Aehnlichkeit hat und daher auch in gleicher Weise zu behandeln ist; —

2) daß nämlich durch die Rechtsöffnung des Bezirksgerichtspräsidenten die Fortsetzung der wegen des Rechtsvorschlages des Schuldners einstweilen gestellt gewesenen Betreibung verfügt, diese somit hierdurch wieder als wirksam erklärt ist, und wenn nun auch das Gesetz bestimmt, daß in einem solchen Falle die Vollziehung nicht sofort angeordnet, sondern noch während sechs, resp. vierzehn

Tagen sistirt bleiben solle, damit nur bezweckt wird, dem Betriebenen die Möglichkeit zu verschaffen, falls er sich bei der erstinstanzlichen Verfügung nicht beruhigen zu können glaubt, binnen dieser Frist eine Entscheidung durch die zweite Instanz zu verlangen, hieraus aber folgt, daß, falls er von diesem Rechtsmittel überall keinen Gebrauch macht, oder den Ausweis hiefür dem Schuldenschreiber nicht innerhalb der festgesetzten Zeit beibringt, die Fortsetzung beim schnellsten Rechtstriebe sofort, beim ordentlichen Rechtstriebe aber je mit dem nächsten Fertigungstage (Dienstag) geschehen soll, welcher auf den letzten Tag des Ablaufes dieser Frist folgt, also wenn der Ablauf der Frist auf einen Montag fällt, schon am folgenden Dienstage; —

3) daß, wenn nun das Bezirksgerichtspräsidium Hinweil bemerkt, daß der Betriebene ein Recht auf den vollen Genuß der Recursfrist habe, er nun aber bei einer derartigen Auffassung des Gesetzes in seinem dießfälligen Rechte verkürzt werde, hierauf zu erwiedern ist, einerseits, daß der § 63 ausdrücklich den Schuldbetreibungsbeamten anweist, die Betreibung fortzusetzen, falls nicht innerhalb sechs, resp. vierzehn Tagen ihm eine Recursbescheinigung beigebracht wird, anderseits aber, daß hiedurch eine Verkürzung der Recursfrist zum Nachtheile des Betriebenen keineswegs entsteht, vielmehr in dem Schlußsatze der zweiten Linie dieses Paragraphen der Fall einer spätern Einreichung der Recursbescheinigung vorgesehen und in dieser Hinsicht bloß bestimmt ist, daß der Betriebene dannzumal die Kosten der neu ausgefertigten Betreibungszeddel zu bezahlen habe:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei die Einfrage des Präsidenten des Bezirksgerichtes Hinweil im Sinne der Erwägungen beantwortet.

XXXV.

Inwiefern kann über die einer Klage entgegengesetzte Einrede der abgeurtheilten Sache zur Abschneidung eines weitläufigen Beweisverfahrens die sofortige Entscheidung durch Urtheil verlangt werden? *)

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 4. Mai 1854,
nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg, Namens des Herrn alt Gemeindeammann Wolfensperger in Greifensee, betreffend Beschwerde über einen Beschluß des Bezirksgerichtes Uster,
da sich ergeben:

A. In Proceßsachen des Hs. Rudolf Pauli auf Dübelstein, Gemeinde Dübendorf, Klägers, und des Recurrenten, Beklagten, betreffend Forderung aus Geschäftsführung, worin Kläger die Forderung

---

*) Vergl Beiträge Bd. III, S. 28, Nr. 61. — In einem neuerlich bei dem Bezirksgerichte Bülach geführten größern erbrechtlichen Processe (Gut c. Eberhard) haben das Bezirks- und das Obergericht es auch für zulässig gehalten, daß durch ein besonderes Vorurtheil zunächst die allgemeinen Grundsätze festgestellt werden, von welchen bei der Erbtheilung auszugehen sei. Erwäg. 2 des obergerichtlichen Urtheils vom 29. November 1851 sagt: „Daß beide Theile einverstanden sind, auch zur Abwendung unnützer Weitläufigkeiten in deren Interesse liegt, daß über die bisher hinsichtlich der Größe und Beschaffenheit der Verlassenschaft besonders hervorgehobenen Punkte gegenwärtig durch Zwischenurtheil grundsätzlich entschieden werde, wie dieß auch von der ersten Instanz in deren Zwischenurtheil, wenn auch allerdings nicht in jeder Beziehung mit der erforderlichen Bestimmtheit, geschehen ist."

von 5561 fl. 6 ß. stelle und eventuell verlange, daß der Beklagte zwei zusammen 2300 fl haltende Briefe löschen lasse, habe das Bezirksgericht Uster auf die von dem Kläger eingelegte specificirte Rechnung unterm 25. Februar d. J. beschlossen, es sei der Beklagte verpflichtet, auf das Materielle der Posten Nr. 1—21 sich einzulassen und sei zu diesem Behufe neue Verhandlung anzuordnen, dem Kläger aber aufgegeben, bei dieser Verhandlung seine Beweismittel alle ganz vollständig und genau vorzulegen oder, wo dieses ihrer Natur nach nicht möglich wäre, wenigstens zu bezeichnen, indem Alles, was bei dieser Verhandlung nicht vorgebracht werden sollte, präcludirt würde; —

B. Ueber dieses Beweisdecret beschwere sich der Anwalt des Recurrenten und bitte, daß dasselbe aufgehoben und das Bezirksgericht angewiesen werden möchte, vorerst durch förmliches Urtheil über die der Klage des Pantli entgegengesetzte Einrede der abgeurtheilten Sache zu entscheiden; —

C. Indem sich Recurrent auf die Proceßacten so wie auf die früher zwischen den Parteien ausgefällten Urtheile und Recursbescheide beziehe, bemerke er im Fernern: Zuerst habe Pantli seine Schuldverpflichtung mit Bezug auf zwei von demselben im Gesammtbetrage von 3300 fl. zu seinen — des Recurrenten — Gunsten errichteten Schuldbriefe bestritten; in diesem Processe sei Recurse unterlegen, habe aber sofort einen andern Proceß gegen den Recurrenten angehoben, und darin 3000 bis 4000 fl. aus Geschäftsführung eingeklagt; auch dieser Proceß sei im vorigen Jahre von dem Bezirksgerichte Uster zu Ungunsten des Recursen entschieden, von diesem an das Obergericht appellirt, jedoch die Appellation an dem zur Verhandlung angesetzten Tage wieder zurückgezogen worden; hierauf habe Recurse eine Criminalklage wegen Betruges gegen den Recurrenten eingereicht und nachdem dieselbe von der Staatsanwaltschaft als unbegründet zurückgewiesen worden, den gegenwärtigen Civilproceß eingeleitet, worin er Rechnungsstellung und die Bezahlung von etwa 3500 fl. von dem Recurrenten verlange; bei der

ersten Verhandlung dieses Processes habe Recurrent der Klage die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegengesetzt und hierüber sofortige Entscheidung durch ein Urtheil verlangt, indem dadurch ein eben so weitläufiges als kostspieliges Verfahren abgeschnitten werde; dennoch habe das Bezirksgericht ein Beweisdecret ausgefällt; das Begehren des Recurrenten rechtfertige sich aber nach der bisherigen Praxis durchaus, da danach über eine proceßhindernde Einrede ein Vorurtheil verlangt werden könne, sofern es möglich sei, dadurch einen langwierigen Proceß zu vermeiden; dem Recurrenten könne unmöglich zugemuthet werden, sich auf einen langen Proceß einzulassen, bevor über die fragliche Einrede entschieden sei; —

D. In Beantwortung der Recursschrift suche der Recurse nachzuweisen, daß von abgeurtheilter Sache hier nicht gesprochen werden könne und bitte um Abweisung der Beschwerde; —

E. Da Pantli laut Amtsblattes vom 21. März d. J. in Concurs gerathen, so habe das Obergericht durch Beschluß vom 29. gl. M. den Entscheid dieses Recurses einstweilen sistirt und das Bezirksgericht angewiesen, von dem Bestehen des Processes den Gläubigern des Pantli auf geeignete Weise Kenntniß zu geben unter Fristansetzung zur Erklärung, ob sie denselben fortsetzen wollen, zugleich auch von dem Cridaren Erklärung darüber zu verlangen, ob auf den Fall, daß von Seite der Creditoren Fortsetzung des Processes nicht erfolgen würde, er denselben fortsetzen wolle, und ihm unter geeigneter Androhung Cautionsbestellung für die Proceßkosten und Entschädigung an den Gegner aufzugeben; —

F. In Folge dieses Beschlusses berichte das Bezirksgericht: Bei der am 22. April stattgefundenen Concursverhandlung habe Herr Procurator Bachofen Namens verschiedener Creditoren des Pantli im Falle der Verrechtfertigung des Letztern Fortsetzung dieses Processes verlangt; die dem Pantli selbst anberaumte Frist sei noch nicht abgelaufen und es sei demselben für drei Wochen Dilation ertheilt worden, indessen könne die Fortsetzung des Processes, sei es von Seite

der Creditoren, sei es des Pautli, als gewiß betrachtet werden; den Ablauf der dem Pautli selbst angesetzten Frist habe das Bezirksgericht darum nicht abgewartet, weil dieser auf möglichste Beförderung des Processes dringe und erkläre, daß gerade von dem Entscheide, resp. dem Verlaufe desselben es abhänge, ob es ihm möglich sein werde, den Concurs noch abzuwenden:: —

in Erwägung:

1) Daß die Frage, ob die der Klage entgegen gestellte Einrede der abgeurtheilten Sache begründet sei, nicht eine processualische, sondern eine materielle ist, daher hierauf, wie auch Recurrent selbst anerkennt, im Recursverfahren auf keine Weise eingetreten werden darf; —

2) daß dagegen eine processualische Frage die ist, ob, wenn der Beklagte der Klage jene Einrede entgegen setzt, über deren Begründetheit sofort durch besonderes Zwischenurtheil zu entscheiden sei, nun aber weder eine gesetzliche, dieses Verfahren vorschreibende Bestimmung vorhanden ist, noch hiefür ein constanter Gerichtsgebrauch, gemäß welchem allgemein in solchen Fällen ein Zwischenurtheil zu erlassen wäre, besteht; —

3) daß, was den weitern von dem Recurrenten geltend gemachten Grund anbetrifft, daß sonst ein weitläufiges und kostspieliges Beweisverfahren eintreten würde, welches nun durch die Erlassung eines besondern Zwischenurtheils über jene Einrede abgeschnitten werden könnte, hiegegen zu bemerken ist, daß aus den vorliegenden Acten mit irgend welcher Sicherheit nicht hervorgeht, daß das Eintreten auf die Punkte, welche das Bezirksgericht in seinem Beschluß bezeichnet hat, gerade weitläufige und kostspielige Beweisverhandlungen nach sich ziehen werde, hiebei namentlich auch in Berücksichtigung fällt, daß, wenn etwa bei denselben es sich nicht bloß um Urkundenbeweis, der seiner Natur nach Verhandlungen jener Art in der Regel nicht zur Folge hat, sondern auch

um Zeugenbeweis handeln würde (von Augenschein oder Expertise wird hier schwerlich die Rede sein), und nun um des Zeugenbeweises willen ein Zwischenurtheil ausgefällt werden müßte, alsdann bei der Würdigung, ob die Beweissätze erheblich seien oder nicht, wohl auch die Frage über die Begründetheit der Einrede der abgeurtheilten Sache erörtert werden müßte, mithin dem Recurrenten durch die Appellation gegen ein solches, den Zeugenbeweis betreffendes, Zwischenurtheil die Gelegenheit gegeben wäre, implicite auch die Entscheidung über die Begründetheit der Einrede der abgeurtheilten Sache an die zweite Instanz zu bringen:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —
2. Trage Recurrent die Kosten; —
3. Sei dieser Beschluß dem Bezirksgerichte Uster und den Parteien unter Rücksendung der Acten mitzutheilen.

XXXVI.

Von dem Rechte des ehelichen Vaters, über den Aufenthalt seiner minderjährigen oder sonst nicht handlungsfähigen Kinder zu verfügen.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes

hat

am 4. Mai 1854,

nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, in Sachen des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg, Namens Herrn Armenpfleger Kern-Brunner in Bülach, betreffend Beschwerde über eine Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Bülach,

da sich ergeben:

A. Recurrent, dessen Ehefrau, Susanna, geb. Brunner, durch Urtheil des Bezirksgerichtes Bülach am 25. März 1852 mit ihrem Ehescheidungsbegehren abgewiesen worden sei, habe im October 1853 unter der Behauptung, daß seine Ehefrau sich mit ihrem Kinde unbekannt wohin entfernt habe, beim Bezirksgerichte Bülach das Gesuch gestellt, es möchte dieselbe durch die öffentlichen Blätter aufgefordert werden, alsbald zu ihm zurückzukehren und das aus ihrer Ehe vorhandene Kind ihm zurückzustellen, sei aber mit diesem Begehren durch Beschluß des Bezirksgerichtes Bülach vom 3. November v. J. und durch Recursalbescheid der Civilabtheilung des Obergerichtes vom 23. Februar d. J. abgewiesen worden, weil die Erlassung einer solchen Aufforderung nicht Sache des Gerichtes sei, sondern in die Einzelncompetenz des Bezirksgerichtspräsidenten falle; —

B. Hierauf habe Recurrent das gleiche Begehren an das Bezirksgerichtspräsidium Bülach gerichtet; allein durch Verfügung desselben vom 25. März d. J. sei lediglich der Frau Kern, die sich gegenwärtig bei Herrn Johannes Weidenkeller in Arbon aufhalte, zu dem Recurrenten zurückzukehren anbefohlen, dagegen dem Begehren, daß sie angehalten werde, das Kind dem Recurrenten zurückzustellen, nicht entsprochen worden, weil dieß die Competenz des Bezirksgerichtspräsidiums nicht beschlage, sondern hierüber erst bei Ausfällung eines allfälligen Scheidungsurtheiles zu entscheiden sei; —

C. Hierüber beschwere sich nun Recurrent, indem er behaupte, er dürfe nicht bloß in Vollziehung des angeführten rechtskräftigen Urtheiles vom 25. März 1852, sondern zugleich und noch mehr zum Schutze seiner väterlichen Gewalt verlangen, daß der Bezirksgerichtspräsident ihm dazu behülflich sei, das ihm ganz widerrechtlich weggenommene Kind wieder zu erhalten; —

D. In Beantwortung der Recursschrift suche Herr Fürsprech Brändlin Namens der Frau Kern nachzuweisen, daß das Kind bei dem Recurrenten nicht gut versorgt wäre und daß derselbe nicht aus

Liebe und Interesse für sein Kind, sondern nur um seiner Ehefrau das größte Leid zuzufügen, das fragliche Begehren stelle; unter diesen Umständen und da „der Recurrent" die Scheidungsklage aus dem Grunde der böswilligen Verlassung in kurzer Zeit anstellen werde, so sei es um so mehr gerechtfertigt, wenn das Kind bei der Mutter bleibe, die dannzumal die Gründe und Beweise für die Beibehaltung desselben genauer feststellen könne und werde; —

E. Das Bezirksgerichtspräsidium Bülach erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß nach der von der Recursin nicht bestrittenen Angabe des Recurrenten ein von Ersterer im Jahr 1852 gestelltes Scheidungsbegehren durch in Rechtskraft erwachsenes Urtheil des Bezirksgerichtes Bülach vom 25. März gl. J. ist abgewiesen worden, hienach also die Ehe noch besteht, und darum Recurrent nicht nur — warum es sich jetzt übrigens nicht handelt — verlangen kann, daß die Recursin sich wieder mit ihm vereinige, sondern ihm als natürlichem Vormunde seiner ehelichen, noch minderjährigen oder sonst noch nicht handlungsfähigen Kinder (Privatrechtliches Gesetzbuch § 230) auch neben der ihm obliegenden Pflicht zu angemessener Unterhaltung und Erziehung derselben das Recht zusteht, über deren Aufenthalt zu verfügen, wie er es den Umständen angemessen findet, vor Allem aus also sie zu sich und in seine Haushaltung aufzunehmen, vorbehältlich der Befugniß der Obervormundschaft, da auf angemessene Weise einzuschreiten, wo er, der Vater, seine Pflichten nicht erfüllt oder das Recht und die Interessen der Kinder erheblich verletzt oder gefährdet (Privatrechtliches Gesetzbuch, §§ 257, 280); —

2) daß demgemäß das Begehren des Recurrenten um Auflage an die Recursin, ihr, der Parteien, eheliches Kind ohne Verzug abzugeben, eine, wenn auch nicht ausdrücklich erwähnte, doch

weil auf dem Gesetze beruhend, nothwendige Folge des Urtheils ist und das Bezirksgerichtspräsidium mit Unrecht ihm durch Erlaß des erforderlichen Befehls an die Recursin, beziehungsweise, da die Recursin außerhalb des Bezirks und Cantons sich aufhält und das Kind bei sich hat, durch Requisition der zuständigen Behörde des Aufenthaltsortes derselben, an die Hand zu gehen sich geweigert hat, — und wenn Recursin in ihrer Antwortschrift theils vorstellen läßt, daß ja ohnehin eine baldige Scheidungsklage des Recurrenten zu gewärtigen stehe, gelegentlich welcher sodann auch das Nöthige hinsichtlich des Kindes erkennt werden könne, theils andeutet, daß das Wohl des Kindes bei Abgabe desselben an den Vater gefährdet sei, das Erstere völlig unerheblich und Recurrent, gesetzt, er sollte wirklich in kürzerer oder längerer Zeit Klage auf Scheidung erheben wollen, nicht verpflichtet ist, inzwischen sich eine Verletzung seines Rechts als Vater gefallen zu lassen, während die zweite Behauptung jedes Beweises ermangelt und, wenn dennoch Recursin zureichenden Grund zu einer derartigen Befürchtung zu haben vermeinen sollte, ihr jederzeit unbenommen sein wird, im Interesse des Kindes die zuständigen Behörden zum Einschreiten im Sinne der oben citirten Gesetzesstellen zu veranlassen: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und das Bezirksgerichtspräsidium angewiesen, der Recursin die Ausfolgung des Kindes binnen ihr anzusetzender Frist durch Vermittelung des Bezirksgerichtspräsidenten ihres Aufenthaltsortes anzubefehlen, wobei, sofern dieselbe nicht Folge leisten würde, dem Recurrenten überlassen bleibt, die jenseitigen Behörden um Vollziehung anzugehen und nöthigenfalls sich um Unterstützung seines Begehrens an die geeignete hiesige Stelle zu wenden; —

2. Trage Recursin die erst- und zweitinstanzlichen Kosten und entschädige den Recurrenten mit 5 Fr.; —

3. Sei dieser Beschluß dem Bezirksgerichtspräsidium Bülach und den Parteien unter Rücksendung der Acten mitzutheilen.

XXXVII.

Bei erneuerten Versilberungsbegehren nach erfolgter einstweiliger Abstellung hat der Schuldenschreiber den innerhalb vierzehn Tagen nicht einlangenden Versilberungsbericht von dem Gemeindeammann sofort einzufordern.

Das Obergericht des Standes Zürich

hat

am 16. Februar 1854,

nach Anhörung des Antrages der Justizcommission, betreffend Einfrage des Bezirksgerichtes Affoltern, resp. des Herrn Schuldenschreibers

Frick daselbst,

da sich ergeben:

Das Bezirksgericht Affoltern bemerke, es sei durch den Beschluß der Civilabtheilung vom 21. v. M. nur der eine Theil seiner Einfrage beantwortet, daß nämlich bei Fortsetzungsbegehren da, wo dem Schuldner früher schon eine Versilberungsanzeige zugekommen sei, eine solche nicht mehr zuzustellen, sondern sofort die Versilberung zu vollziehen sei; wesentlich mit Bezug auf diesen Punkt sei das Gericht getheilter Ansicht gewesen, nicht aber hinsichtlich folgenden Verhältnisses, worüber der Schuldenschreiber hauptsächlich Aufschluß verlangt habe: Nach § 32, Satz 3 des Schuldbetreibungsgesetzes sei derselbe verpflichtet, den Versilberungsbericht nach Ablauf von fünf Wochen, vom Tage der Versendung des Versilberungsbegehrens an gerechnet, vom betreffenden

säumigen Gemeindeammann einzufordern und ihn gestützt auf § 10 des Reglements beim Gerichte zu verzeigen, wenn er fernere sechs Tage mit Einsendung des Versilberungsberichtes zögere; der Schuldenschreiber frage nun an, freilich in etwas unbestimmter Fassung, wie er sich dießfalls bei Fortsetzungsbegehren zu benehmen habe, wenn ein Gemeindeammann säumig sei, den Versilberungsbericht auf ein solches Begehren hin einzusenden; das Gericht finde nun mit Hinsicht auf diesen Fall einen Mangel im Reglement; es könne nicht annehmen, namentlich mit Rücksicht auf die in dießseitigem Beschlusse vom 21. v. M. entwickelte Ansicht über die Bedeutung einstweiliger Abstellungen, daß der Schuldenschreiber fünf Wochen zuwarten dürfe, ehe er den Versilberungsbericht einfordere; wenn aber dieses richtig sei, so fehle es an einer Bestimmung, innerhalb welcher Frist solche Berichte einzufordern seien; die in § 8 des Reglements enthaltene sechstägige Frist wäre zu kurz und finde übrigens nur auf solche Fälle Anwendung, wo der Gemeindeammann bereits gemahnt worden sei; das Gericht trage darauf an, daß dießfalls durch allgemeine Verordnung eine Ergänzung des Reglements vorgenommen werden sollte; endlich mache es darauf aufmerksam, daß es nur einer irrthümlichen Auffassung der etwas unklaren Zuschrift des Schuldenschreibers zuzuschreiben sei, wenn dießseitige Stelle das Gericht beauftragt habe, dafür zu sorgen, daß die Gemeindeammänner keine Abstellung unmittelbar vom Schuldner annehmen, wenn die Betreibung durch den Schuldenschreiber gehe; dieß geschehe nämlich im Bezirke Affoltern gar nicht und der Schuldenschreiber spreche auch nur von Abstellungen, die bei ihm selbst eingehen:: —

in Erwägung:

1) Daß mit Bezug auf Versilberungen, welche auf ein nach erfolgter einstweiliger Abstellung erneuertes Versilberungsbegehren hin vorzunehmen sind, sich rücksichtlich der Zeit, binnen welcher der Schuldenschreiber den rückständigen Versilberungsbericht von dem säumigen Gemeindeammann einzuziehen hat, allerdings sowohl

im Rechtstriebgesetze selbst als in dem Reglemente eine Lücke findet, indem von selbst einleuchtet, daß die Bestimmung des § 32, Satz 3 des Gesetzes und § 10 des Reglements nicht paßt, da die fünf Wochen, von welchen in dem cit. § 32 die Rede ist, möglicher Weise im Augenblicke des erneuerten Versilberungsgesuches schon abgelaufen sein können oder doch nur so wenig Zeit übrig bleibt, daß binnen derselben nicht einmal die Versilberung vorgenommen werden und noch weniger der Bericht in die Hand des Schuldenschreibers gelangen kann, während von der Ausfertigung des erneuerten Begehrens die volle Frist von fünf Wochen eintreten zu lassen offenbar dem Willen des Gesetzgebers, daß die Versilberung nach erneuertem Begehren nun „sofort" vollzogen werde, nicht entsprechen und auch darum unangemessen sein würde, weil es in einem solchen Falle der in § 31 des Gesetzes erwähnten Versilberungsanzeige an den Schuldner, mit Rücksicht auf welche offenbar die Frist zur Erkundigung über den Erfolg der Versilberung bis auf fünf Wochen ausgedehnt worden ist, gar nicht mehr bedarf; —

2) daß unter diesen Umständen für Fälle der in Rede stehenden Art eine Ergänzung der erwähnten Lücke erforderlich wird, als angemessen aber eine Frist von vierzehn Tagen, von der Ausfertigung des erneuerten Versilberungsbegehrens durch den Schuldenschreiber an gerechnet, nach Analogie der Bestimmung des § 23 des Gesetzes sich darstellt:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei das Bezirksgericht Affoltern in diesem Sinne zu Handen des dasigen Schuldenschreibers zu bescheiden und hievon auch die übrigen Bezirksgerichte für ihre Schuldenschreiberämter in Kenntniß zu setzen.

XXXVIII.

Ueber die Anwendung, resp. rückwirkende Kraft des neuen Civilgesetzbuches.

Ueber die Anwendung des neuen Rechtes hat sich die Civilabtheilung des Obergerichtes in mehreren Entscheidungen, von denen wir nachstehende folgen lassen, in folgender Weise ausgesprochen:

I. In Streitigkeiten betreffend Einsprachen gegen Verehelichungen:

1) Daß, da über die Gründe, welche eine Gemeinde berechtigen, Einsprache gegen die Verehelichung eines Gemeindsbürgers zu erheben, § 19 des Matrimonialgesetzes vom 25. Mai 1811 und § 86 der mit dem 31. März d. J. in Kraft getretenen §§ 1—473 des privatrechtlichen Gesetzbuches verschiedene Bestimmungen enthalten, vorerst in Frage kommt, welches von beiden Gesetzen auf den vorliegenden Fall in Anwendung zu bringen sei; —

2) daß, wenn auch die Thatsachen, auf welche der Beklagte seine Einsprache stützt, in eine Zeit fallen, in der das neue Gesetz noch nicht in Geltung stand, doch keinem Zweifel unterliegt, daß — einstweilen abgesehen von den Folgerungen, die sich aus der bereits erfolgten Anhängigmachung des Processes ergeben können — der Beklagte keineswegs berechtigt ist, aus diesen Thatsachen ein erworbenes Recht herzuleiten, auf welches ein erst später erlassenes Gesetz keine rückwirkende Kraft ausüben könnte, und deßhalb Anwendung des frühern Gesetzes auch jetzt noch anzusprechen, indem bei Befugnissen dieser Art, die auf keinem besondern Rechtstitel beruhen, sondern unmittelbar aus dem Gesetze hervorgehen, von erworbenen Rechten nicht die Rede sein kann, überdieß sich von selbst versteht, daß diese Befugnisse in nothwendiger Beziehung stehen zu der Zeit, in der die Verehelichung von den

betreffenden Personen verlangt worden, und daher zu dieser Zeit vorhanden sein müssen, und endlich auch gerade in den Beziehungen, in denen das neue Gesetz von dem frühern abweicht, nämlich mit Bezug auf den Einspruchsgrund, „daß einer oder beide Theile groben Lastern ergeben seien", weniger das vermögensrechtliche Interesse der Gemeinde, als vielmehr das öffentliche Interesse, unglückliche Ehen zu verhüten, Grund der gesetzlichen Bestimmung gewesen ist; —

3) daß jedoch Beklagter die Anwendung des frühern Gesetzes vornehmlich deßhalb in Anspruch nimmt, weil nicht nur die erstinstanzliche Verhandlung des Processes, sondern auch die Ausfällung des erstinstanzlichen Endurtheils am 23. März d. J., also vor Inkrafttretung des neuen Gesetzes stattgefunden hat, und nun allerdings dafür, daß eine erst im Laufe des Processes und erst nach Erlassung des erstinstanzlichen Urtheils eingetretene Veränderung des Rechtes bei dem zweitinstanzlichen Urtheile nicht zu berücksichtigen sei, zu sprechen scheint, daß im Interesse der processualischen Ordnung die geltenden processualischen Grundsätze dahin zielen, in der Regel und so weit nicht ausnahmsweise die Zweckmäßigkeit etwas Anderes verlangt, das Endurtheil nur auf diejenigen Verhältnisse zu begründen, die bei Einleitung des Processes vorhanden gewesen sind und auf welche die ersten Vorträge der Parteien und die Anordnung des Beweisverfahrens, falls ein solches erforderlich war, sich bezogen haben und daß ferner zu möglichster Beseitigung der Nachtheile, welche der Zeitablauf der Durchführung eines Processes mit sich führt, das Endurtheil in seinen Bestimmungen, so mit Bezug auf Früchte, Zinsen, Schätzung des Interesse u. s. f., den Zustand herbeizuführen suchen soll, der eingetreten wäre, falls dasselbe schon unmittelbar nach Einleitung des Processes hätte ausgefällt werden können; —

4) daß aber diese Grundsätze keineswegs so weit gehen, daß auf Thatsachen, die auf das geltend gemachte Recht Einfluß üben und die erst im Laufe des Processes oder auch erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urtheils sich ereignet haben, regelmäßig keine Rücksicht mehr zu nehmen sei, vielmehr nach § 9 der obergerichtlichen Verordnung vom 9. Mai 1853 Behauptungen, Bestreitungen, Einreden auch nach der ersten Verhandlung noch vorgebracht werden können und zu berücksichtigen sind, falls die betreffende Partei nachweisen oder doch zu hoher Wahrscheinlichkeit bringen kann, daß die ihnen zu Grunde liegenden Thatsachen früher nicht vorhanden gewesen seien und ferner nach § 98 des organischen Gesetzes über die bürgerliche Rechtspflege auch bei den obergerichtlichen Verhandlungen neue Thatsachen vorgebracht werden können, wenn die Partei über die Verspätung sich gehörig zu rechtfertigen vermag; —

5) daß nun solchen neuen, erst im Laufe des Processes erfolgten Thatsachen eine Veränderung des Rechtes selbst, insofern dieselbe ihrer Natur nach auf die schon früher begründeten und im Processe geltend gemachten Rechte Einfluß üben kann, unzweifelhaft gleichzustellen ist und eine Berücksichtigung derselben bei der weitern Durchführung des Processes, resp. bei Ausfällung des erst- oder zweitinstanzlichen Urtheils um so eher als richtig und angemessen erscheint, als sonst leicht nach Beendigung des betreffenden Processes Anhebung einer neuen Klage eintreten und als zulässig erscheinen könnte, in diesem Falle aber die Durchführung des frühern Processes völlig nutzlos gewesen wäre; —

6) daß daher in dem vorliegenden Falle § 86 des privatrechtlichen Gesetzbuches in Anwendung zu bringen ist. (Urtheil der Civilabth. vom 22. April 1854 i. S. Heidelberger c. Stillstand Bülach.)

II. In Streitigkeiten, betreffend Ehescheidung:

Daß, wenn sich vorerst fragt, ob dem Urtheile das Matrimonialgesetz oder der mit 31. März d. J. in Kraft getretene erste Theil des privatrechtlichen Gesetzbuches zu Grunde zu legen sei, das Letztere anzunehmen ist, indem

a) aus den über Ehescheidung geltenden gesetzlichen Bestimmungen die Ehegatten keine erworbenen Rechte herleiten können, auf welche eine Veränderung des dießfälligen Rechtes einen rückwirkenden Einfluß nicht ausüben dürfte, da diese Bestimmungen vorherrschend auf Rücksichten der öffentlichen Wohlfahrt beruhen und die Bedingungen festsetzen, unter denen dem Richter gestattet ist, eine Ehe aufzulösen, hieraus aber sich ergibt, daß die Parteien ihre dießfälligen Befugnisse nur aus dem Rechte ableiten können, das zur Zeit der Ausfällung des Urtheils für den Richter maßgebend ist, und keine privatrechtliche Berechtigung ausnahmsweise die jedenfalls als Regel geltende Anwendung dieses letztern Rechtes zu verhindern vermag;

b) auch der Umstand, daß der Proceß vor erster Instanz noch unter der Herrschaft des frühern Gesetzes durchgeführt worden ist, keinen genügenden Grund bildet, um in zweiter Instanz das jetzt geltende Gesetz nicht in Anwendung zu bringen, da neue Thatsachen, die auf das eingeklagte Recht Einfluß üben, auch von der zweiten Instanz zu berücksichtigen sind, falls sie erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urtheils sich ereignet haben, und solchen Thatsachen eine Veränderung des Rechtes selbst, falls sie ihrer Natur nach geeignet ist, auf schon früher eingeklagte Rechte einzuwirken, gleichgestellt werden muß. (Urtheil der Civilabth. vom 22. April 1854 i. S. Eheleute Bachmann.)

III. In Vaterschaftsstreitigkeiten:

1) Daß, da die Klägerin vor Anhebung dieser Klage schon zwei Mal außerehelich geboren und das erste Mal von einem Ehemann geschwängert worden zu sein behauptet hat, genügender Grund vorliegen würde, um § 291 g des privatrechtlichen Gesetzbuches auf sie in Anwendung zu bringen und sie hienach des Klagerechtes für unwürdig zu erklären, daher in Frage kommt, ob mit Bezug auf diese Paternitätsklage noch die Bestimmungen des Matrimonialgesetzes oder hingegen diejenigen des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches maßgebend seien; —

2) daß nun zwar nicht bloß die Schwängerung und die Geburt des Kindes, sondern auch die Durchführung des erstinstanzlichen Processes und die Ausfällung des erstinstanzlichen Urtheils stattgefunden hat, bevor der erste Theil des privatrechtlichen Gesetzbuches in Kraft getreten ist und daher, da in der Regel auf erworbene Rechte später erlassene Gesetze keine rückwirkende Kraft ausüben können, die Anwendung des neuen Gesetzes nicht statthaft scheint, dessen ungeachtet aber überwiegende Gründe dafür sprechen, die Bestimmungen des § 291 des Gesetzbuches sofort auf alle Fälle, die nach Inkrafttreten des Gesetzes zu gerichtlichem Entscheide kommen, anzuwenden, indem die Beschränkungen der Paternitätsklage, welche in diesen Bestimmungen enthalten sind, so wie die nähere Normirung dieser Klage überhaupt vorherrschend auf Rücksichten öffentlicher Natur beruhen und, wie schon aus dem Wortlaute des Anfanges und des Schlusses von § 291 hervorgeht, eine Anweisung an den Richter enthalten, unter welchen Bedingungen er wegen besonderer Beschaffenheit des Falles oder der Persönlichkeit der Klägerin eine Klage abzuweisen habe, während davon, daß gestützt auf das Matrimonialgesetz ein mit diesen Beschränkungen, insofern dieselben weiter gehen als § 155 des letztern, in Widerspruch stehendes erworbenes Recht der Klägerin

vorhanden sei, um so weniger die Rede sein kann, als gerade in dem Matrimonialgesetz die analogen, in § 155 enthaltenen, Beschränkungen auch formell als rein processualische Bestimmungen erscheinen, die (vor Aufhebung des Geniẞverfahrens für dieses und) für die Frage, ob der Klägerin der Eid anvertraut werden könne, Bedeutung haben, — processualische Bestimmungen aber unzweifelhaft nur so lange in Anwendung zu bringen sind, als das Gesetz, worauf sie beruhen, noch in Kraft steht; —

3) daß auch der Umstand, daß das erstinstanzliche Urtheil noch vor der Geltung des neuen Gesetzes ausgefällt worden ist, der Anwendung des letztern bei der Beurtheilung in zweiter Instanz nicht entgegenstehen kann, da neue Thatsachen, die auf das geltend gemachte Recht von Einfluß sind, falls erwiesen werden kann, daß sie erst nach Ausfällung des Urtheils der ersten Instanz sich zugetragen haben, von der zweiten zu berücksichtigen sind, und solchen Thatsachen auch die Veränderung des Rechtes, insofern dieselbe ihrer Natur nach auf die im Processe eingeklagten Rechte einwirken kann, an die Seite zu stellen ist; —

4) daß daher gemäß § 291 g des privatrechtlichen Gesetzbuches die Abweisung der Klage wirklich stattzufinden hat. (Urtheil der Civilabth. vom 9. Mai 1854 i. S. Schweizer c. Weber.)

XXXIX.

Ueber die Gebrechen des neu eingeführten Geschwornenverfahrens.

(Schluß.)

III. Das frühere strafrechtliche Verfahren des Cantons Zürich bot für die Gerechtigkeit und Unschuld größere Sicherheit als das neue Verfahren.

Die früher ausgeführte Ansicht, daß die Geschwornen zur Ausfällung der von ihnen verlangten Urtheile nicht vollkommen befähigt und leicht dem Irrthume unterworfen seien, war keine wesentlich neue, vielmehr schon vielfach und eindringlich besonders von französischen und deutschen Juristen, denen man keinerlei Befangenheit vorwerfen darf, geäußert worden. Neben den oben angeführten Schriftstellern hatte z. B. auch Abegg, in den Beiträgen zur Strafproceßgesetzgebung, Neustadt a. d. O. 1841, ausführlich „über gesetzliche Beweistheorie und Urtheilen durch Geschworne" sich ausgelassen und bemerkt (S. 131): „daß die Mängel, welche unläugbar das Geschwornengericht für die Beurtheilung der Thatsache mit sich führt, nur unter Hinzunahme der andern, der politischen, Seite dieses Instituts, zwar nicht etwa durchgängig gut gemacht, aber doch ertragen, und theilweise gerechtfertigt werden können; — mag (S. 169) unter bestimmten Voraussetzungen das Schwurgericht unentbehrlich für die Vollendung der Verfassung und die Sicherung politischer Freiheit erscheinen, für die Rechtspflege in ihrem eigenen Gebiete ist es weder unerläßlich, noch auch unter allen Bedingungen wünschenswerth." — Bei der Anzeige dieser Schrift Abegg's, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Bd. II (Karlsruhe 1842), S. 390 gab Jagemann gleichfalls unbe-

dingt seine Meinung gegen die Jury ab und machte aufmerksam auf die (damals) neueste Protestation gegen Geschwornengerichte in Deutschland von Zoepfl, Grundsätze des Staatsrechts, Heidelberg 1841, S. 228. Da man aber sehr bereit ist, die Abneigung deutscher Gelehrten gegen das Geschwornengericht ihrer Unkenntniß der Einrichtung zuzuschreiben, wird man als Sachkenner doch den Engländer Bentham, de l'orginasition judiciaire (Bruxelles 1829), anerkennen, wenn er S. 13 sagt: »Je veux même supposer, que les lois soient arrivées au plus haut degré de simplicité possible, l'art de juger sera encore au-dessus d'une capacité vulgaire. — Ne faut-il pas un esprit exercé par l'étude, un vrai logicien pour reconnaître, si tel fait tombe exactement sous la définition de la loi, pour peser la valeur des témoignages, qui se contrarient, pour faire une chaîne de preuves d'une multitude de chaînons séparés, pour apprécier la validité des titres, pour démêler les fils d'une chicane astucieuse? Sans doute il est des cas faciles où le simple bon sens suffit, pour donner une bonne décision: je conviendrai même que les trois quarts des affaires sont de ce genre; mais quand sur cent causes il n'y en auroit qu'une d'intriguée et d'obscure, il faut que le juge soit en état d'en sonder les profondeurs. D'ailleurs, si le bons sens suffit pour décider juste, il faut une raison cultivée pour motiver cette décision, pour la rendre sensible au public, pour la justifier au besoin à un tribunal supérieur, pour observer dans la procédure toutes les règles de la loi et ne pas exposer les arrêts à des cassations par vice de forme. Tous les arts, toutes les sciences, toutes les branches de commerce peuvent fournir des questions difficiles pour la décision du juge et l'on a osé dire, que l'on pourrait prendre un homme au hasard dans les places publiques, pour l'asseoir sur un tribunal. La plus redoutable de toutes les vocations, celle qui décide de la propriété, de la liberté et même de la

vie des hommes, est donc la seule qui n'exigerait aucun noviciat! *Le métier le plus vil exige un apprentissage, l'art le plus imposant n'en demanderait point!*« — Um den beredten Worten Bentham's nur eine Rechtfertigung aus dem Rechtsleben beizufügen, folgen hier die eilf Fragen, welche in dem am 5. Mai 1854 vor dem Schwurgerichte zu Zürich verhandelten Falle des Reutlinger und Wegmann von Hegnau wegen Versuchs der Nothzucht an die Geschwornen gestellt worden sind:

A. Betreffend den Reutlinger:

1. Ist der Angeklagte schuldig, Montags den 27. März 1854, Morgens circa 4 Uhr, bei Hegnau, in der Absicht, die Maria Billiter von Männedorf, wohnhaft in Gutenschweil, zwanzig Jahre alt, unverheirathet, durch körperliche Gewalt zur Unzucht zu zwingen, gegen dieselbe Handlungen vorgenommen zu haben, welche zur wirklichen Ausführung des beabsichtigten Verbrechens gehören?

Eventuell:

2. Ist der Angeklagte schuldig, zu jener Zeit und an jenem Orte in der Absicht, die näher bezeichnete Maria Billiter durch körperliche Gewalt zur Unzucht zu zwingen, Handlungen vorgenommen zu haben, die als Vorbereitung zur wirklichen Ausführung dieses Verbrechens gehören?

3. Ist der Angeklagte schuldig, zu jener Zeit und an jenem Orte zwar nicht in der Absicht, die näher bezeichnete Maria Billiter durch körperliche Gewalt zur Unzucht zu zwingen, jedoch sonst unzüchtige Handlungen gegenüber dieser Person auf eine öffentliches Aergerniß erregende Weise verübt zu haben?

4. Ist der Angeklagte schuldig, Montags den 27. März 1854, Morgens circa 4 Uhr, bei Hegnau, in der Absicht, die Maria Eva Billiter, geb. Betton von Männedorf, wohnhaft in Gutenschweil, 64 Jahre alt, durch körperliche Gewalt zur Unzucht zu zwingen, gegen dieselbe Handlungen vorgenommen zu haben, welche zur wirklichen Ausführung des beabsichtigten Verbrechens gehören?

Eventuell:

5. Ist der Angeklagte schuldig, zu jener Zeit und an jenem Orte, zwar nicht in der Absicht, die näher bezeichnete Maria Billiter durch körperliche Gewalt zur Unzucht zu zwingen, jedoch sonst unzüchtige Handlungen gegenüber dieser Person auf eine öffentliches Aergerniß erregende Weise verübt zu haben?

6. Ist der Angeklagte schuldig, zu jener Zeit und an jenem Orte die näher bezeichnete Maria Billiter, ohne die Absicht zu tödten, jedoch mit rechtswidrigem Vorsatz gewaltsam angegriffen und mißhandelt zu haben, so daß dadurch deren Körper verletzt oder sonst ihre Gesundheit auf irgend eine Weise gestört worden?

B. Betreffend den Wegmann:

7. Ist der Angeklagte schuldig, die Vollbringung des am Montag den 27. März 1854, Morgens circa 4 Uhr, bei Hegnau, von Hs. Jakob Reutlinger, genannt Konraden, von Hegnau, an der Maria Eva Billiter, geb. Betton von Männedorf, wohnhaft in Gutenschweil, 64 Jahre alt, verübten nahen Versuches von Nothzucht durch Herbeischaffung von Mitteln zur Ausführung oder durch Entfernung von Hindernissen, welche derselben im Wege standen, vorsätzlich befördert zu haben?

Eventuell:

8. Ist der Angeklagte schuldig, die Vollendung des zu jener Zeit und an jenem Orte von dem Angeklagten Hs. Jakob Reutlinger an der näher bezeichneten Maria Eva Billiter verübten entfernten Versuches von Nothzucht durch Herbeischaffung u. s. w. befördert zu haben?

9. Ist der Angeklagte schuldig, zu jener Zeit und an jenem Orte, zwar nicht in der Absicht, die näher bezeichnete Maria Eva Billiter durch körperliche Gewalt zur Unzucht zu zwingen, jedoch sonst unzüchtige Handlungen gegenüber dieser Person auf eine öffentliches Aergerniß erregende Weise verübt zu haben?

10. Ist der Angeklagte schuldig, zu jener Zeit und an jenem Orte die näher bezeichnete Maria Eva Billiter, ohne die Absicht zu tödten, jedoch mit rechtswidrigem Vorsatz gewaltsam angegriffen und mißhandelt zu haben, so daß dadurch deren Körper verletzt oder sonst ihre Gesundheit gestört worden ist?

11. Ist der Angeklagte schuldig, zu jener Zeit und an jenem Ort unbefugter Weise Thätlichkeiten gegen die Maria Eva Billiter begangen zu haben?

Mit mehr als sieben Stimmen (§ 264 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren [1]) verneinten die Geschwornen die Fragen 1, 2, 3, 7 und 9 und bejahten 4 und 10, wornach die Fragen 5, 6, 8 und 11 keiner Beantwortung mehr bedurften.

Auch nachdem das Sturmjahr 1848 über die Einführung der Geschwornengerichte in Deutschland entschieden hatte und dort diese Gerichte ein fait accompli geworden waren, ließ Biener in seiner bisherigen Ansicht über die Gebrechlichkeit und Gefährlichkeit des auf dem Wege politischer Umwälzung plötzlich vom Himmel heruntergefallenen Geschenkes sich nicht beirren und machte in dem zweiten Hefte seiner Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte über die „Begründung des Criminalrechts und Processes nach historischer Methode", Leipzig 1848, sehr umfassende und gründliche reformatorische Vorschläge, um noch wenigstens die nöthigen Bürgschaften zu erhalten, daß bei der Annahme der so einflußreichen neuen Gerichtseinrichtung dem Angeschuldigten sein volles Recht, nicht mehr und nicht weniger, zu Theil werde (Vorerinnerung S. VII). Mit einer wahren Wehmuth zweifelte dabei aber Biener sehr, „ob seine in Bezug auf Geschwornengerichte

[1]) § 264: „Die Stimmenzahl, mit welcher der Beschluß der Geschwornen gefaßt wurde, darf nicht veröffentlicht werden. Dagegen erklären die Geschwornen, daß mehr als sieben Stimmen für den Entscheid sich gezeigt haben."

ausgeführten Bedenken und demgemäß aufgestellten reformatorischen Vorschläge in der jetzigen Zeit Gehör finden werden, wo die Begeisterung eines Freiheitsrausches in einzelnen Stücken fast die Höhe erreicht, welche Plato und nach ihm Cicero so treffend schildern. Vielleicht kommt aber später eine Zeit ruhigeren Erwägens, welches nicht mehr die Augen gegen die gemachten Erfahrungen absichtlich verschließt und Bedenken solcher Art nicht mehr als Hochverrath an der heiligen Sache der Volksjustiz ansieht, sondern als Veranlassung zu Reformen im Interesse der Gerechtigkeit, welche die Grundlage aller Staatsinstitutionen sein muß. Es ist sogar möglich, daß man mit der Zeit zu der Ansicht kommt, nur für politische und Preßprocesse eine eigne Modalität mit Theilnahme des Volkes durch Geschworene oder durch besonders von dem Volke ernannte Richter eintreten zu lassen und alle übrigen Criminalfälle den richterlichen Beamten wieder anzuvertrauen (Vorerinnerung S. XII)." — Neben und mit dem schon vorher gemachten und oben S. 262 besprochenen Vorschlage, die Geschwornen rein auf das in England vorkommende Specialverdict zu beschränken, schlug Biener S. 113 nun auch noch vor, daß den Geschwornen in Hinsicht der Regeln der Evidenz (des Beweises) und der Zurechnung ein juristischer Beirath zugeordnet werden möchte, wie er in England und Nordamerika (Tittmann, Gerichtsverfassung von Nordamerika, Dresden 1848, S. 107) der großen Jury beigegeben und in Frankreich früher bei der Anklagejury vorgekommen ist. „Seine Wirksamkeit würde (nach Biener) in rein negativer Beziehung darin bestehen, auf die Einmischung fremdartiger Elemente der Beurtheilung aufmerksam zu machen. Denn es können in Bezug auf die Evidenz, welche eigentlich nur aus den gerichtlichen Verhandlungen hervorgehen soll, leicht Vorurtheile Einfluß gewinnen, und in Ansehung der Zurechnung kann ein moralischer oder politischer Standpunkt zu ungerechter Milde oder Härte disponiren. Durch einen solchen juristischen Beirath, welcher übrigens nachher für einen Referenten über die freie Berathung der Jury gelten könnte, wäre es sogar möglich,

entweder in Form eines Protokolles oder in solenner Form die Entscheidungsgründe des Verdictes fest zu halten. In der nothwendigen Publicität dieser Gründe würde eine mächtige Garantie gegen Willkürlichkeit des Spruches gewonnen sein, und eine Möglichkeit, dem gerechten Verlangen eines Verurtheilten zu entsprechen, der wissen will, auf welche Gründe hin er verurtheilt worden ist." — Wie wohl gemeint der Vorschlag von Biener auch ist, dennoch muß demselben die Billigung unbedingt versagt werden und zwar aus dem nahe liegenden, aber völlig entscheidenden Grunde, weil ein solcher juristischer Beirath sehr bald die Geschwornen von sich abhängig machen, denselben jede Selbstständigkeit benehmen und unter ihrem Schutz und Deckmantel einzig und allein entscheiden würde. Schon jetzt wird nicht ohne Grund über den großen Einfluß des Schwurgerichtspräsidenten auf die Geschwornen geklagt und bedarf es aller Vorsicht, um diesen Einfluß zu entfernen und nicht zum ausschließlich geltenden oder leitenden werden zu lassen, obschon der Schwurgerichtspräsident durch den Angeschuldigten, dessen Vertheidiger, alle in der Sitzung sonst Anwesenden und die öffentlichen Blätter mehr oder weniger überwacht ist und gehemmt wird, namentlich niemals **allein** mit den Geschwornen zusammensein und sich unterreden darf. In der letztern Beziehung schreibt § 258 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren mit Ueberlegung ausdrücklich vor: „Wenn die Jury nähere Erläuterungen (der an sie gestellten Fragen) wünscht, oder Auslegung einer Frage verlangt, die ihr nicht genugsam verständlich ist, so werden diese Aufklärungen durch den Präsidenten des Gerichtes vor dem versammelten Schwurgerichte gegeben, oder, wenn statthaft, neue Fragen gestellt." Eben damit hängt es zusammen, daß nach § 255 desselben Gesetzes der Berathung der Jury Niemand außer den Geschwornen beiwohnen darf, und daß zufolge § 256 die Geschwornen ihr Berathungszimmer nicht verlassen dürfen, bevor sie ihren Wahrspruch berathen und beschlossen haben, weßhalb der Präsident darüber zu wachen

hat, daß die Geschwornen während der Berathung mit Niemandem, wer es auch sein möge, ohne seine schriftliche Erlaubniß, verkehren [1]). Auf einem schon sehr bedenklichen, indessen noch immer für die Unabhängigkeit der Geschwornen besorgten Schaukelsysteme beruht § 190 der hannoverischen Strafproceßordnung vom 8. November 1850: „Entstehen bei den Geschwornen über das von ihnen zu beobachtende Verfahren, oder über Sinn und Bedeutung der gestellten Fragen oder über die Fassung der Antwort Zweifel, so können sie die Gegenwart des Vorsitzenden des Gerichts und von ihm Auskunft erbitten. Findet der Vorsitzende, daß die Zweifel der Geschwornen sich auf thatsächliche Punkte beziehen, so muß er sich im Berathungszimmer jeder Aeußerung enthalten. Er kann jedoch, um die angeregten Zweifel zu beseitigen, die Wiedereröffnung der Sitzung veranlassen; beide Parteien können sodann das Wort verlangen. So oft die Geschwornen von der ihnen im Anfang dieses Paragraphen ertheilten Befugniß Gebrauch machen, ist eine allgemeine Bemerkung darüber in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen." — Wer das Verfahren mit Geschwornen aus näherer Anschauung kennt, weiß, daß sie gewöhnlich nur dann weitere Belehrung oder Befragung des Schwurgerichtspräsidenten wünschen, wenn sie sich über Freisprechung oder Schuldigerklärung, über diese oder jene Qualifikation des Verbrechens nicht vereinigen können, und je nachdem dann der Präsident den einer zu bildenden Mehrheit der Stimmen entgegen-

[1]) Ist entlehnt aus Art. 343 des Code d'Instr. crim.: „Die Geschwornen dürfen ihr Zimmer nicht verlassen, bevor sie ihren Ausspruch beschlossen haben. — Der Eingang in dasselbe während ihrer Berathschlagung, es sei aus welchem Grunde es wolle, darf nur von dem Präsidenten, und zwar schriftlich, erlaubt werden." — Dem Art. 343 des Code d'Instr. crim. gehört auch an der Schlußsatz des § 256 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren: „Er (der Schwurgerichtspräsident) läßt die Ausgänge des Berathungszimmers der Geschwornen bewachen."

stehenden Zweifel löst, gibt er die Entscheidung, was mit einer gehörigen Einrichtung der Strafrechtspflege nicht vereinbar ist. Aehnlich verhält es sich, wenn in solchem Zustande des Zweifels und der Unentschiedenheit die Geschwornen in Anwendung des § 113 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren noch die Beeidigung eines oder mehrerer der einvernommenen Zeugen verlangen, um dann darauf beruhigt den Wahrspruch bauen zu können; der schwörende Zeuge verurtheilt hier den Angeschuldigten und zwar in einer Lage, wo der Zeuge nothwendig schwören oder verurtheilen muß, weil er nach der erhaltenen feierlichen Aufforderung, seine Aussage eidlich zu erhärten, dieselbe nicht mehr zurückzunehmen oder abzuändern wagt. Der § 113 ist deßhalb durchaus unpraktisch und dient höchstens dazu, die Entscheidung und deren Verantwortung von den Geschwornen auf den oder die Zeugen zu übertragen; entweder muß man **alle** Zeugen unmittelbar vor oder nach ihrer Einvernahme oder niemals beeidigen. Ebenso sollen die Geschwornen sich niemals ohne Gegenbeaufsichtigung bei dem Präsidenten des Schwurgerichts Rath einholen können, oder man gebe ihnen zum beständigen Begleiter einen juristischen Beirath. Daß man aber zu streiten und gesetzlich zu bedenken hat, wie man die Geschwornen belehre und aufkläre, und sogar noch in dem Augenblicke, wo sie sich schon zur Berathung und Ausfällung des Urtheils zurückgezogen haben, beweiset, daß sie überhaupt zu richten unfähig seien.

Der von Biener beantragte juristische Beirath der Jury weist übrigens hin auf die Gesetzkundigen, Erklärer des Rechts oder Sachmänner, welche, **sobald man geschriebene Gesetze hatte**, in den ältern Zeiten oder vor Karl dem Großen bei den deutschen Volksstämmen, bei den Baiern und Alamannen unter dem Namen *judex* [1]), in dem friesischen Gesetz der Rüstringer als *asega*

[1]) Lex Bajuvariorum II. 15. 2: »Comes vero secum habeat *judicem*, qui ibi constitutus est *judicare*, et librum legis ut

(legem dicens, juridicus), in dem Gesetze der Brokmänner als *rêdjeva* (Rathgeber, consiliarius), in den nordischen Reichen als lögmadr oder *lögsögumadr*, schwedisch *lagman* (juris peritus, jure consultus, juridicus) und bei den alten Franken als *sacebaronen*, *sachibaronen* oder *sagibaronen* (Sachmänner [1]) erscheinen, um das zum Gerichte versammelte, gesetzunkundige Volk über die geschriebenen Gesetze zu unterrichten, — um in schwierigen Fällen ihm das Recht zu weisen, die Rechtsfragen zu entscheiden, das Urtheil zu finden, wie das Letztere später die Oberhöfe, Schöppenstühle oder Facultäten in ähnlicher Weise gethan haben. Ueber diese sehr belehrende geschichtliche Erscheinung ist besonders zu vergleichen: Rogge, über das Gerichtswesen der Germanen, S. 77 ff.; Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens, § 10; Grimm, Rechtsalterthümer, S. 780 ff; Unger, die altdeutsche Gerichtsverfassung, § 31; Waitz, das alte Recht der salischen Franken (Kiel 1846), S. 140—143; Derselbe, deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. II (Kiel 1847), S. 425 ff. (An der Sache ändert es Nichts, daß hier der Judex und *Centenar* als derselbe Beamte erklärt werden); Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Thl. I, § 75; Walter, deutsche Rechtsgeschichte,

---

semper rectum judicium judicet de omni causa quæ componenda sunt«, und lex Alamannorum XLI. 1: »Nullus causas audire præsumat nisi qui à Duce per conventionem populi *judex* constitutus est ut caussas *judicet*, qui nec mentiosus, nec perjurator, nec munerum acceptor sit, sed caussas secundum legem veraciter *judicet* sine acceptione personarum, et timens Deum sit. Et si juste *judicaverit*, credat se apud Deum mercedem recipere et laudem apud homines bonam possidere.«

[1]) Lex Salica, LIV. 3 (herausgegeben von Merkel, Berlin 1850): »Sacebaronis vero in singulis mallobergis plus quam tres non debent esse. et de causa aliquid id est quod eis solvitur factum dixerint, hoc ad grafionem non requiratur unde illi securitatem fecerunt.«

§ 574. Eichhorn leitet aus den Einrichtungen, die man bei den einzelnen Völkern findet, das sichtbar hervortretende Princip ab, daß das Urtheil ein von der versammelten Gemeinde, welche in gebotenen Gerichten durch einen Ausschuß vertreten wird, anerkannter Ausspruch sein solle, bei dessen Festsetzung die Gemeinde durch den Rath oder die Belehrung rechtskundiger Männer geleitet werde. Maurer und Grimm fügen die besonders im Canton Zürich verständliche Bemerkung bei, daß späterhin, als der judex an der Stelle des comes und centenarius wirklicher Richter geworden, die Rechtskunde des alten judex auf den geschwornen Gerichtsschreiber übergegangen sei, der gerade so neben dem Landrichter aufgeführt wird, wie der alte judex neben dem comes und auch in Begleitung des Gesetzbuches. Wie es in der lex Bajuvariorum heißt: »Comes secum habeat *judicem* — et *librum legis*«, so beginnen im spätern Mittelalter die baierischen Gerichtsurkunden häufig mit folgender Formel: „Als ich Landrichter an offen Landrechten zu Gericht gesessen bin und den Stab in der Hand het und den geschwornen Schreiber bei dem Buch (mit sambt dem Buch), da kam für mich in Recht.“ — Zum guten und gerechten Richten ist eben die Rechtskenntniß unentbehrlich, und wenn dieselbe die Richter, im Canton Zürich die Bezirks- und Kreisrichter nicht besitzen, wird sie in der letzten Noth bei dem Gerichtsschreiber gesucht, an den deßhalb jedoch auch schnell die ganze Leitung des Gerichtes übergeht. An der wichtigen Stellung und dem großen Einflusse, welche die Gerichtsschreiber (auch die Bezirksrathsschreiber und Regierungssecretäre) in dem Cantone Zürich haben, könnte man allein schon sich belehren, daß die Urtheile nicht von Denjenigen ausgefällt werden, welche nur den Namen der Richter tragen, sondern von Jenen, die dazu die Kenntniß oder Fähigkeit besitzen. In England ist es gleichfalls der Gerichtsschreiber, welcher entgegen dem Gesetze, da die Verhandlungen der großen Jury geheim sein sollen, in deren Sitzungen sich begibt, ihr Rath ertheilt, die Vernehmungen der Zeugen

überwacht, insbesondere auch in der Rücksicht, ob die vor der großen Jury abgelegten Aussagen mit den vor dem Magistrate gegebenen Zeugnissen übereinstimmen, — und also dort wie oft hier eigentlich das Ganze allein leitet und entscheidet [1]).

Sollen nun die Hauptvorzüge des frühern Strafverfahrens vor dem neu eingeführten Geschwornengerichte noch kurz besonders hervorgehoben werden, möchten es diese sein:

1. Die Organisation des Criminalgerichtes gemäß § 97 ff. des Gesetzes über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831 als eines von dem Großen Rathe auf die Dauer von sechs Jahren sorgfältig erwählten Gerichtes bot insofern mehr Sicherheit für gerechte Entscheidungen, als die bestellten Richter schon anfänglich möglichst tüchtig sein mußten und während ihres sechsjährigen, gewöhnlich verlängerten Amtes sich Erfahrungen sammeln und weiter ausbilden konnten.

Jede Begründung dieses Satzes darf nach allem Gesagten für überflüssig gehalten werden.

2. Wenn auch § 89 desselben Gesetzes über den geführten Schuldbeweis nur **die Ueberzeugung** des Gerichtes entscheiden ließ [2]), und keinerlei nähere Beweistheorie aufstellte, war im Interesse der höchsten Gerechtigkeit und in der ängstlichen Sorge,

---

[1]) Mittermaier, das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, S. 276.

[2]) § 89: „Der Beweis ist in allen Fällen vorhanden, in denen:
a) das Dasein des Verbrechens, der Thatbestand,
b) die Urheberschaft des Angeschuldigten,
c) dessen böser Vorsatz oder Fahrlässigkeit
zur Ueberzeugung des Richters dargethan sind."

daß niemals ein Unschuldiger hingerichtet werden solle, dennoch die Vorschrift des § 92 gerechtfertigt, daß, wenn der Angeschuldigte der That bloß durch das Zusammentreffen von Anzeigungen (Indicien) überwiesen sei, derselbe nicht zur Todesstrafe verurtheilt werden könne.

Es kann hier nicht die Aufgabe sein, weitläufiger zu erörtern, daß das Urtheilen ohne gesetzliche Beweistheorie demjenigen mit einer solchen vorzuziehen sei [1]), denn die Gesetzgebung des Cantons Zürich hat sich hiefür längst entschieden und mit gutem Grunde, weil das Leben so vielgestaltig und verschiedenartig ist, daß eine jede gesetzliche Vorschrift, wie der Richter sich seine Ueberzeugung über den geführten oder nicht geführten Schuldbeweis bilden solle, als eine der wahren Gerechtigkeit nachtheilige und nach der Erfahrung nur zur Straflosigkeit des wirklich Schuldigen führende Schranke betrachtet und entfernt werden muß. Die Wissenschaft erörtere und sammle die Regeln über den Beweis im Criminalprocesse und der Richter studire diese wissenschaftliche Beweislehre; aber das Gesetz beauftrage und ermächtige den Richter, bei dem Ausspruche des Schuldig oder Nichtschuldig nur seiner innigsten und freiesten Ueberzeugung, nur seinem Wissen und Gewissen zu folgen. Indem jedoch jede gesetzliche Beweistheorie aufgehoben und das Urtheil über die Schuld oder Nichtschuld der Angeschuldigten ganz dem freien Ermessen des Richters, einzig seiner Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit überlassen wird, muß man doch auf die Gerechtigkeit des freien Urtheils sichernde Maßnahmen Bedacht nehmen, damit nicht unter dem Deckmantel der Ueberzeugung Willkür und Unrecht

---

[1]) Vergl. hierüber z. B. Möhl, über das Urtheilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von Jagemann und Nöllner, Bd. II, S. 277 ff.

geübt, der Schuldige freigesprochen und der Unschuldige verurtheilt werde. In beiden Richtungen bietet die Geschichte des Geschwornengerichtes der frühern und der neuern Zeiten eben so reiche als traurige Beispiele. Die willkürlichen Freisprechungen der Geschwornen in Frankreich und Deutschland bei politischen oder nur entfernt mit der Politik in Verbindung zu bringenden Processen sind bekannt und wegen solcher unbestreitbaren und unbestrittenen Willkürlichkeiten, Gesetzes- und Eidverletzungen wurden und werden die Geschwornen von der ewig blinden Welt noch verherrlicht, weil man augenblicklich vergißt, daß die Willkür nicht bloß den Schuldigen unbestraft entlassen, sondern auch den Unschuldigen verurtheilen und bestrafen kann. In dieser Hinsicht muß nochmals auf das schon oben berührte französische Revolutionstribunal als das erschreckendste Beispiel der Weltgeschichte zurückgekommen werden. Um dieses Tribunal in den Stand zu setzen, ganz willkürlich verurtheilen und morden zu können, wurde durch das Gesetz vom 22. Prairial II. oder 10. Juni 1794 dasselbe von allen und jeden Formen befreit, welche es in der Urtheilsfindung bisher in irgend einer Weise gehemmt hatten, und angewiesen, nur nach der moralischen Ueberzeugung zu urtheilen. Couthon begründete den Gesetzesvorschlag also: „Die Regierung des Despotismus hatte eine richterliche Wahrheit geschaffen, welche nicht die moralische und natürliche Wahrheit, welche ihr sogar entgegengesetzt war und die dennoch mit den Leidenschaften allein über das Loos der Unschuld und des Verbrechens entschied; die Offenbarheit (l'évidence) hatte nicht das Recht zu überzeugen ohne Zeugen oder ohne schriftliche Beweise; und die Lüge, umgeben von diesem Gefolge, hatte das Recht, die Richtersprüche zu dictiren. Die Richterschaft ward eine Art Priesterthum, auf Irrthum gegründet, und die Gerechtigkeit eine falsche Religion, welche gänzlich in Dogmen, in Riten und Mysterien bestand und aus der die Moral verbannt war. Die contrarevolutionären Indulgens wollten diesen Regeln die nationale Justiz und den Lauf der Revolution unterwerfen. Die moralischen

Beweise wurden für nichts geachtet, als wenn eine andere Regel die menschlichen Urtheile bestimmen könnte; als wenn die materiellsten Beweise selbst einen andern Werth hätten, denn die moralischen Beweise" [1]). Nach diesem Gesetzesvorschlage, welchen Robespierre als durchaus auf die Gerechtigkeit und die Vernunft gegründet empfahl, wurde dann bestimmt: „Wenn materielle oder moralische Beweise vorhanden sind, unabhängig vom Zeugenbeweis, so werden keine Zeugen abgehört, sofern diese Formalität nicht nöthig erscheint zur Entdeckung von Mitschuldigen oder aus andern höhern Rücksichten des öffentlichen Interesses." Wie dieses Gesetz angewandt wurde und was man unter moralischen Beweisen verstand, lehrte der spätere Proceß von Fouquier-Tinville, dem gewesenen öffentlichen Ankläger beim Revolutionstribunale. Es fand so gut wie keine Beweisaufnahme vor den Geschwornen mehr statt. Man fragte kaum nach etwas mehr als nach Namen, Alter und Eigenschaften der Angeklagten und diese Verhandlungen genügten zur Verurtheilung. Zeugen wurden oft gar nicht abgehört; Schriftstücke, die zur Vertheidigung dienen sollten, blieben uneröffnet oder wurden von den Geschwornen in das Berathungszimmer mitgenommen, um sie dort zu lesen, was jedoch fast niemals geschah. Der Geschworne Vilatte wußte, wenn man ihn fragte, was den Morgen vorgekommen, dieß nicht anzugeben, und der Einwendung: „aber du hast als Geschworner gesessen", entgegnete er: „gewiß, aber ich höre nicht auf die Verhandlungen; ich schlafe; ich bin nie in Zweifel, ich bin immer überzeugt." — Die kürzesten Verhandlungen waren so überzeugten Geschwornen noch oft zu lang. Als zur Zeit der fournées 45 Angeklagte wegen Gefängnißverschwörung (am 10. Juli 1794) vor das Revolutionstribunal kamen, hatte Scellier, der an jenem Tage präsidirte, kaum mehr als die Namen u. s. w. gefragt, als der Geschworne Renaudin, der sich langweilte, ihn unterbrach und sagte: „Präsident,

[1]) Buchner, a. o. a. O., S. 56.

siehst du nicht, daß alle diese Schufte uns mit ihren Alfanzereien einschläfern?" Diese Bemerkung hatte zur Folge, daß man die Verhandlungen schloß. In einer andern Sache sagte Vilatte, als die Verhandlungen sich über das gewöhnliche Maß erweiterten: „Präsident, die Angeklagten sind so der Conspiration überführt, daß sie im Augenblicke noch gegen meinen Magen conspiriren, — es ist 4 Uhr" [1]).

Diese Erfahrungen über die Tauglichkeit der Geschwornen als Werkzeug der Tyrannei waren es, welche den Kaiser Napoleon I. nach seiner offenen Erklärung bewogen, in dem Jahr 1804 im Staatsrathe für die Beibehaltung der Jury zu stimmen, obwohl dieselbe seit 1801, als alle Strafrechtspflege lähmend und hindernd, in vielen Departementen hatte suspendirt werden müssen und ein großer Theil der Gerichte und Juristen Frankreichs laut ihre Abschaffung forderte [2]) Dieses Urtheil eines Napoleon über das sog. Palladium der bürgerlichen Freiheit verdient gewiß die höchste Beachtung.

Damit nun das Recht des Richters, nur nach der freien Ueberzeugung zu urtheilen, nicht ein Freibrief zum Unrecht werde, müssen zunächst die Richter mit aller Behutsamkeit und Sorgfalt aus dem Kreise der dazu fähigen Staatsbürger gewählt werden; die zu erwählenden Richter sollen die tüchtigsten und gewissenhaftesten Rechtsgelehrten sein. Die frühern fünf Criminalrichter des Cantons Zürich wählte nach Art. 68 der Staatsverfassung der Große Rath aus den Staatsbürgern, welche das dreißigste Altersjahr angetreten hatten; jetzt erwählen die Kirchgemeinden auf je 200 Einwohner einen Geschwornen und es ist dazu wählbar ein jeder im Canton wohnende Schweizerbürger, der das fünfundzwanzigste Altersjahr angetreten hat [3]). Daß der Große

---

[1]) Buchner, a. a. O., S. 77 ff.

[2]) Biener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, Heft II, S. 108.

[3]) §§ 67 und 70 des Gesetzes betreffend die Organisation der Rechtspflege vom 20. Herbstmonat 1852.

Rath ein viel einsichtsvollerer und unbefangenerer Wähler gewesen, als die einzelnen Kirchgemeinden des Cantons, bedarf keines Nachweises. Das Wichtigste aber ist, daß der Große Rath nur fünf Criminalrichter zu erwählen hatte, während jetzt bei einer Einwohnerzahl von über 250,000 gegen 1500 Geschworne erwählt werden müssen [1]). Können und werden alle diese von den Kirchgemeinden erwählten 1500 Geschwornen die zur Ausübung des Criminalrichteramtes unentbehrlichen wissenschaftlichen und moralischen Fähigkeiten und Eigenschaften besitzen? „Unmöglich", wird Jeder antworten. Eine letzte oder einzige Geschwornenliste von 1500 Personen für den kleinen Canton Zürich ist unter allen Umständen viel zu groß und muß beschränkt werden, wenn das Geschwornengericht beibehalten und eine vernünftige Einrichtung erhalten soll. Ueberall werden die letzten Listen der Geschwornen, die Dienstlisten derselben für das kommende Jahr oder die bevorstehende Sitzung durch Auswahl aus den sog. Urlisten gebildet [2]) und ganz ungeeignet ist in dem Cantone Zürich die Urliste zugleich die Dienstliste. Es sollte jedenfalls die Dienstliste für den Canton Zürich aus höchstens 200 Geschwornen bestehen, welche entweder die Bezirkswahlversammlungen oder noch besser der Große Rath am Ende eines jeden Jahres für das kommende Jahr aus den Urlisten der einzelnen Gemeinden erwählen würden, wenn man überhaupt nicht vorzieht, ein beständiges Gericht nach der Art des frühern Criminalgerichtes zu haben. Eine Geschwornenliste aus 200 Personen zu bilden, die nach ihrer geistigen Tüchtigkeit und moralischen Unbescholtenheit zu Criminalrichtern sich eignen, wird eher möglich sein, als 1500 solcher Leute zusammenzufinden, und ohne allen Zweifel bietet

---

[1]) Nach dem angeführten § 67 werden nämlich bei der Wahl der Geschwornen die Bruchzahlen von 100 oder mehr für voll gerechnet, was zu einer etwas größern Anzahl von Geschwornen führt, als die Größe der Bevölkerung an sich ergibt.

[2]) Vergl. Mittermaier, a. a. O., S. 372 ff.; Glaser, a. a. O., § 35 ff.

eine mehrfach gereinigte, durch die höchsten Cantonsbehörden zuletzt festgesetzte Geschwornenliste eine größere Bürgschaft als die so vielen zufälligen Einflüssen unterworfenen Wahlen der Kirchgemeinden. Die Bezirksrichter und Bezirksräthe werden durch die Bezirkswahlversammlungen oder nicht unmittelbar von dem Volke, sondern durch die von demselben erkorenen Wahlmänner ernannt; das Amt eines Geschwornen ist wenigstens demjenigen eines Bezirksrichters oder Bezirksrathes gleichzustellen, weßhalb die Dienstgeschwornen eines jeden Jahres von den Bezirkswahlversammlungen oder noch lieber von dem Großen Rathe bezeichnet werden sollten. Will man das Volkswohl und die Gerechtigkeit nicht hohlen Theorieen opfern, wird man im Cantone Zürich bei dessen sonstigen freien Einrichtungen eine Geschwornenliste von nur 200 oder noch weniger Personen einer solchen von 1500 vorziehen. Auf einer Liste von 1500 durch die Kirchgemeinden ohne besondere Auswahl und Ueberlegung erwählten Geschwornen müssen nothwendig Hunderte und vielleicht die Hälfte sich befinden, welche wissenschaftlich und moralisch nicht zu Criminalrichtern berufen sind oder niemals dazu berufen würden, wenn man eine freie und überlegte Wahl zu treffen hätte; also wähle man von Anfang an und überlasse es nicht dem Loose oder der Hand des zweiten Obergerichtspräsidenten, zufällig die rechten Leute aus der Geschwornenurne hervorgehen zu lassen. Das Loos oder der Zufall könnte eben selbst 36 entweder ganz oder doch zum größten Theil untüchtige Leute zusammenführen [1]), wogegen auch durch Anwendung des Recu-

---

[1]) § 76 des Gesetzes betreffend die Organisation der Rechtspflege: „Frühestens vierzehn und spätestens zehn Tage vor dem Zusammentritt des Schwurgerichtes werden nach vorhergegangener Bekanntmachung in öffentlicher Sitzung der Criminalabtheilung des Obergerichtes durch den Präsidenten derselben mittelst des Looses aus allen auf der Geschwornenliste enthaltenen Namen 36 herausgezogen. Bei jeder folgenden Ziehung sind die Namen derjenigen Geschwornen, welche seit dem Bestehen der Liste schon einmal dem Schwurgericht beigewohnt haben,

fationsrechtes wenig geholfen werden dürfte Die höhere Bedeutung des der Staatsanwaltschaft und den Angeschuldigten einzuräumenden möglichst ausgedehnten Recusationsrechtes besteht gerade darin, daß dadurch den Fehlern des Looses zu begegnen ist und doch noch die zutrauenswürdigern Geschwornen vereinigt werden können. Wer in dem Geschwornenverfahren auch nur einige Erfahrungen gemacht hat, wird bezeugen, daß eine Jury vor der andern sich durch Tüchtigkeit und die ganze Geschäftsbehandlung auszeichne, je nachdem eben das Loos die Leute getroffen und besonders ihnen einen geeigneten Obmann verliehen hat; alle Betheiligten freuen sich, wenn in dieser Hinsicht das Loos glücklich gewaltet hat. Wäre es deßhalb nicht angemessener, anstatt in so wichtigen Angelegenheiten das trügerische Loos entscheiden zu lassen, mit eigenem Verstande und klarer Absicht die nöthigen Richter auszusuchen?

Je ausgewählter oder fähiger die Richter sind, um so beruhigter kann ihnen dann die Beurtheilung bloß nach der freien Ueberzeugung aufgetragen werden und die Gefahr des Irrthums steigt mit dem Mangel der zu treffenden Auswahl, der erforderlichen Bildung und Erfahrung. Diese Gefahr des Irrthums ist aber am größten bei dem indirecten oder Indicienbeweise, wo es an einem unmittelbaren Beweise durch Geständniß, Augenschein, Urkunden oder Zeugen fehlt und die Schuldigerklärung nur gegründet wird auf die verschiedenartiger Deutung unterliegenden und daher oft auch irreleitenden vorangehenden, gleichzeitigen und nachfolgenden Nebenumstände (Indicien) der That. Das frühere Gesetz des Cantons Zürich über das Strafverfahren hatte zwar auch die Beweiskraft der Indicien anerkannt, in Berücksichtigung jedoch der dabei immer möglichen Mißgriffe zur Vermeidung eines niemals wieder

---

auf die Seite zu legen. Wenn jedoch in Folge dessen nicht wenigstens 700 Namen auf der Liste übrig bleiben würden, so sollen so viele, als zur Ergänzung dieser Zahl erforderlich sind, unter Beibehaltung der Reihenfolge, in welcher sie bei Seite gelegt wurden, wieder beigefügt werden."

gutzumachenden Unrechts bestimmt, daß die Todesstrafe niemals verhängt werden dürfe, wenn die Schuld nur durch Indicien erwiesen sei. Diese Beschränkung ist jetzt gefallen, obwohl die Criminalrichter durch die weniger fähigen oder zuverlässigen Geschwornen ersetzt worden und obwohl entgegen dem § 91 des organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831 [1]) die Geschwornen nicht verpflichtet sind, die Gründe, welche ihre Ueberzeugung über das „Schuldig" bestimmt haben, ausführlich und genau im Urtheil zu erwähnen. Allseitig gilt die Angabe der Entscheidungsgründe als eine große Bürgschaft einer gerechten Entscheidung und die Erlassung dieser Angabe muß als ein dem Unrecht und der Willkür geöffneter Weg angesehen werden [2]). Treffend sagt namentlich K. S. Zachariä, vierzig Bücher vom Staate, Bd. III (Heidelberg 1826), S. 55: „Einem jeden Urtheile sind die rechtlichen Entscheidungsgründe einzuverleiben oder (was wohl vorzuziehen ist) beizufügen. Die Klugheit und die Ungerechtigkeit lieben das Geheimniß; aber die Rechtspflege fürchtet sich vor ihm, als vor ihrem Verführer oder Verleumder. Indem die Gerichte da, wo der Buchstabe des Gesetzes schweigt, aus dem Zwecke des Gesetzes, aus der Aehnlichkeit oder Unähnlichkeit der Fälle, die Gründe der Entscheidung entlehnen,

---

[1]) § 91: „In allen Fällen sollen bei der Beurtheilung (durch das Criminalgericht) die Thatsachen, welche das Verbrechen oder Vergehen bilden, besonders herausgehoben; über die Frage, ob der Angeklagte derselben überwiesen sei, eine besondere Umfrage gehalten, und vorerst über das „„Schuldig oder Nichtschuldig"" abgestimmt werden, ehe das Gericht zu der Strafbestimmung selbst übergeht. Die Gründe, welche die Ueberzeugung des Gerichts über das „„Schuldig"" bestimmt haben, sind ausführlich und genau im Urtheil zu erwähnen."

[2]) Brinkmann, über die richterlichen Urtheilsgründe nach ihrer Nützlichkeit und Nothwendigkeit, Kiel 1826; Mohl, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Bd. II, S. 286; Wiener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, Heft II, S. 109; Kappeler, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, S. 1118.

arbeiten sie zugleich in still rühmlichem Eifer an der Vervollkommnung des bestehenden Rechtszustandes. Aus den Entscheidungen einzelner Fälle lassen sich allgemeine Rechtsregeln ableiten, — ein Verfahren, welchem das römische Recht und das englische gemeine Recht ihre Ausbildung zu einem großen Theile verdanken." — Auch Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, Abtheil. II (Heidelberg 1833), S. 349, war der Ansicht, daß Entscheidungsgründe nie fehlen sollen. Wenn nun aber die Geschwornen nur nach ihrer freien Ueberzeugung zu urtheilen berechtigt sind und über ihr Urtheil nicht einmal durch Mittheilung der sie bestimmenden Gründe dem Verurtheilten und dem Volke Rechenschaft geben müssen, sondern dasselbe einzig und allein vor ihrem Gewissen zu vertreten haben, erhält die ganze Strafrechtspflege den Charakter des Dunkeln und Räthselhaften und es ist zugleich volle Gelegenheit geboten, hinter der Ueberzeugung, wofür man nicht den Menschen und nur Gott verantwortlich ist, den Irrthum, das Unrecht und die Willkür zu verbergen, ohne daß man die geringste Möglichkeit hat, dieselben nur zu entdecken und zu bezeichnen, geschweige denn sie zu bekämpfen und zu entfernen. Auch die blutbedeckten Geschwornen des französischen Revolutionstribunales, als sie wegen ihres Handelns endlich selbst vor Gericht gestellt worden waren, beriefen sich darauf, nach ihrem Gewissen und ihrer innigsten Ueberzeugung gehandelt zu haben, und meinten, daß einzig das höchste Wesen ihre Seele erforschen könne, um die Raschheit ihrer Ueberzeugung zu würdigen. Hierauf erwiederte der Staatsanwalt: „Die erhabene Einrichtung der Geschwornen ist ein der öffentlichen Verehrung würdiger Gegenstand. Das Gewissen der Geschwornen zu erforschen, zu untersuchen, von ihnen Rechenschaft über die Gründe ihrer Meinung zu verlangen, wäre eine Verletzung unserer Pflichten, wenn diese Thätigkeiten tugendhaften und tadellosen Leuten übertragen sind. Aber wenn unsittliche und lasterhafte Wesen berufen sind, um in ihrer Seele und in ihrem Gewissen über das Leben und die Ehre der Bürger zu sprechen, und wenn, anstatt

die gebieterische Stimme dieses Gewissens zu hören, man klar sieht, daß sie verächtlichen und privaten Erwägungen gewichen sind, dann wird diese schöne und rührende Einrichtung unter ihren Händen **die Geißel der Menschheit.**" [1]) — Gerade in bewegten und aufgeregten Zeiten sind die Geschwornengerichte, anstatt eine Schutzwehr der Unschuld, der Freiheit und des Rechts zu sein, denselben besonders gefährlich, weil die Geschwornen selbst mitten in der allgemeinen Bewegung und Aufregung stehen und sich durch die von ihr erhaltenen Ansichten und Antriebe leiten lassen; die Geschwornen müßten keine Menschen sein, wenn es anders wäre. Diese Gefahr steigert sich noch in dem Verhältniß, in welchem der Staat kleiner wird, weil natürlich in kleinern und kleinsten Staaten derartige Bewegungen und Aufregungen viel zusammengedrängter, persönlicher und dadurch auch heftiger werden, die Volkssache mehr oder weniger sich zur Sache der Personen und Familien zusammenzieht. Die Menschen, durch das Leben ergriffen und mitfortgerissen, bilden sich darin ihre Gesinnungen und Meinungen und mit diesen setzen sie sich dann als Geschworne nieder, ohne sich deren Einflusse entziehen zu können, vielmehr in dem Urtheile sie als ihre innigste Ueberzeugung verkündend. Hierin liegt die einzige Erklärung und Entschuldigung des französischen Revolutionstribunales und aller ähnlichen Erscheinungen in England, Nordamerika und Deutschland. Uebrigens nicht allein politische Gefühle und Meinungen bestimmen die Wahrsprüche der Geschwornen, sondern alle anderweitig auflebenden und wirkenden Gefühle und Meinungen. Als z. B. einmal rasch nach einander in London viele Feuersbrünste ausbrachen, bemächtigte sich der Schrecken der Geschwornen so, daß sie auch, wie die allgemeine Stimme klagte, manche Unschuldige der Brandstiftung schuldig erklärten oder es mit dem Schuldbeweise nicht mehr streng genug nahmen [2]). Ebenso

---

[1]) Buchner, a. a. O., S. 82.

[2]) Mittermaier, a. a. O., S. 13.

sind zufolge vielfacher Erfahrungen die Geschwornen zu sehr zur Verurtheilung oder Freisprechung geneigt, wenn vorher die öffentliche Meinung, obschon dieselbe keine begründete sein konnte, in dem einen oder andern Sinne sich ausgesprochen hatte. Um diesen vorgefaßten Neigungen zu begegnen, wird mit Recht in Nordamerika gestattet [1], daß die Geschwornen durch die Parteien befragt werden, ob sie schon eine bestimmte Meinung über den zu verhandelnden Fall geäußert oder sich gebildet, oder eine einseitige Richtung, Neigung für oder gegen den Angeklagten haben; der befragte Geschworne muß antworten und kann nach dem Ergebniß der Antwort, oder wenn der Beweis für die vorgebrachte Einwendung geführt worden ist, verworfen werden. In dem durch alle öffentlichen Blätter seiner Zeit besprochenen Processe des Arztes Webster zu Boston sind z. B. sieben Geschworne aus dem Grunde entfernt worden, weil sie zugeben mußten, sich schon eine Meinung gefaßt zu haben. Leider kann eine solche Befragung begreiflich nicht in allen Fällen angewandt werden und deßhalb werden einzelne befangene Geschworne vielfach sitzen und urtheilen, vielleicht die entscheidende Stimme abgeben, zumal wieder in kleinern Staaten, in denen jedes Ereigniß in kleinstädtischer Weise in und außer den öffentlichen Blättern besprochen zu werden pflegt. Zur theilweisen Abwendung der daherigen Uebelstände sollte in allen Staaten es gesetzlich streng verboten sein, über eine noch anhängige und nicht erledigte Untersuchung in den öffentlichen Blättern zu berichten oder gar über die Schuld und Nichtschuld bestimmt abzuurtheilen. In dem Cantone Zürich mußte man erleben, daß sogar die Staatsanwälte die Tactlosigkeit hatten, vor der erst- oder letztinstanzlichen Beurtheilung Aufsehen erregende Straffälle, z. B. den Fall des Mörders Wegmann zu Tagelschwangen, der Frau Pfarrer Eßlinger zu Seebach u. s. w., einseitig öffentlich zu erörtern. Haben die Geschwornen in einem oder mehreren bedeutenden

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 395 und 396.

öffentlichen Blättern vorher gelesen, daß der Angeklagte unzweifelhaft dieses oder jenes Verbrechens überführt und überwiesen sei, wird jede Vertheidigung ziemlich hoffnungslos sein. Sogar bei den Hexenprocessen wirkten in England, Schottland und noch mehr in Nordamerika [1]) die Geschwornen ganz in ähnlicher Weise als Diener des finstersten Aberglaubens, wie dieses nur immer von einem Gerichte in Deutschland, Frankreich oder Spanien geschehen ist. Bei dieser Natur und Geschichte des Geschwornengerichtes ist es gewiß gerechtfertigt, wenn zum Schutze der Freiheit und des Rechts, zum Schutze des Lebens der Bürger verlangt wird, daß niemals die Todesstrafe ausgesprochen werden soll, wenn nur auf einen Indicienbeweis hin die Geschwornen schuldig erklärt haben. Die Schrecken des französischen Revolutionstribunales wären durch eine solche Beschränkung allein schon abgewandt worden. Daß die Geschwornen bei dem bloßen Indicienbeweise (circumstantial evidence) namentlich auch in England schon manche unschuldige Angeklagte verurtheilt haben, ist besonders von Humphrey Woolrych in einer 1832 erschienenen Schrift über die Todesstrafe nachgewiesen worden [2]). Daß in dem Cantone Zürich in dieser Richtung keine besondere Klage durch Nachweisung bestimmter Fälle geführt werden kann, begreift sich hier schon aus der kurzen Zeit des Bestehens des Geschwornengerichtes seit dem 1. Januar 1853, noch weit mehr aber daraus, daß bis jetzt mit einer wahren Aengstlichkeit, um keine oder möglichst wenige Freisprechungen bei der großen dem Geschwornengerichte in den ersten Jahren zugewandten Aufmerksamkeit zu haben und mit der Anklage zu unterliegen, die Staatsanwaltschaft nur solche Fälle vor die Geschwornen gebracht hat, in denen durch die Voruntersuchung der Schuldbeweis fast unzweifelhaft geführt und mit Zuverlässigkeit die Schuldigerklärung der Geschwornen zu erwarten war.

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 27.
[2]) Ibid. a. a. O, S. 13.

Alle im Beweise etwas bedenklichen Fälle, worin man einer Verurtheilung nicht sicher entgegensehen konnte, ließ die Staatsanwaltschaft daher oft eher ganz fallen, als daß sie dieselben vor die Geschwornen gebracht und von diesen gewärtigt hätte, ob sie nach ihrer Ueberzeugung verurtheilen werden oder nicht Der Zustand des Geschwornengerichtes in dem Canton Zürich ist noch ein durchaus künstlicher und die Geschwornen, welche man als eine noch jugendliche und nicht befestigte Einrichtung eben so sehr vor Fehltritten als Angriffen bewahren möchte, werden durch die sorgfältige Auswahl der vor sie zu bringenden Untersuchungen gleichsam am Gängelbande, an der Schnure geleitet, d. h. erhalten kaum die Möglichkeit freier und selbstständiger Bewegung, der eigenen Ueberlegung und Entscheidung. Jeder Sachkenner wird unbedingt zustimmen, daß in dem Cantone Zürich glücklicher Weise bis jetzt die Geschwornen weder als Beschützer der Freiheit noch als Finder des unparteiischen Rechtes eine ernste Prüfung zu bestehen hatten, überhaupt noch kein wirkliches Leben erlangt haben und in der kurzen Zeit ihres Daseins haben erlangen können; erst die Zukunft wird nach Jahrzehnten darüber urtheilen. Der in dem zürcherischen Landboten Nr. 22 unter dem erhebenden Schlußmotto: „Die Sonne der Wahrheit bricht doch durch! die Lügner ruiniren (sic!) nicht die Wahrheit, sondern lediglich sich selbst“ — kürzlich mitgetheilte statistische Auszug aus dem Berichte der Staatsanwaltschaft an den Regierungsrath über das Wirken des Schwurgerichtes in seinem ersten Lebensjahre (1853) weicht von aller Wahrheit und Vernunft ab, wenn er jetzt schon triumphirende Vergleichungen und zuverlässige Folgerungen glaubt machen zu können. Da an der Hand der vergleichenden Criminalstatistik allerdings die guten und schlechten Seiten einer strafrechtlichen Einrichtung am besten erkannt und nachgewiesen zu werden vermögen [1]), soll später

---

[1]) Vergl. K. S. Zachariä, über die Statistik der Strafgerechtigkeitspflege, aus den Heidelberger Jahrbüchern der Litteratur besonders abgedruckt, Heidelberg 1828.

in einem besondern statistischen Aufsatze das hier über das Geschwornengericht Vorgetragene weiter belegt werden; für jetzt wird die Richtigkeit der Darstellung des Landboten nur kurz *aus seinen eigenen Zahlen* nachgewiesen werden, woran man sich zugleich überzeugen möge, welche arge absichtliche oder unabsichtliche Täuschungen und Verdeckungen man sich erlaube. Es war hier gesagt worden, daß unter den neuen Einrichtungen, schon zur Vermeidung der Kosten, weit weniger Untersuchungen geführt werden als früher bei dem Criminalgerichte, und dieses ist nach dem Berichte der Staatsanwaltschaft durchaus wahr; denn es wurden Untersuchungen

im	Jahr	1850	geführt	538,	wovon	beurtheilt	245	und	sistirt 293,
„	„	1851	„	533,	„	„	270	„	„ 263,
„	„	1852	„	460,	„	„	204	„	„ 256,
„	„	1853	„	192,	„	„	98	„	„ 94.

Also es sind im Jahr 1853 über **drei hundert** oder **zwei Drittheile** weniger Untersuchungen eingeleitet und geführt worden, als in den drei unmittelbar vorangehenden Jahren durchschnittlich bei dem Cantonalverhöramte; in denselben drei Jahren fällte das Criminalgericht im Ganzen 719, oder jedes einzelne Jahr durchschnittlich $239\frac{2}{3}$ Urtheile aus, wogegen das Schwurgericht im Jahr 1853 nur 98, oder $141\frac{2}{3}$ weniger. Dasselbe Verhältniß ergibt sich bei Betrachtung der Zahl der beurtheilten Personen. Das Criminalgericht beurtheilte durchschnittlich 375 Personen (im Jahr 1849 370, im Jahr 1850 379, im Jahr 1851 375 u. s. w.); das Schwurgericht hat im Jahr 1853 nur 150, oder 225 Personen weniger, beurtheilt. Da keineswegs im Jahr 1853 die Verbrechen abgenommen haben, bieten diese „kühlen Zahlen" (um mit dem Landboten zu reden) den reichsten Stoff zum Nachdenken; soll die Strafgerechtigkeit nicht leiden, müssen und werden die Zahlen der Untersuchungen, Urtheile und Beurtheilten sich bald wieder *weit mehr als verdoppeln*. Zu diesem Ausspruche berechtigt die vergleichende Criminalstatistik.

In dem Berichte der Staatsanwaltschaft werden auf die unzulässigste Weise Vergleichungen zwischen dem alten und neuen Verfahren gezogen, wodurch irrthümlich und unwahr das alte Verfahren in ein sehr ungünstiges Licht zu stehen kommt. Bei dem frühern Cantonalverhöramte und Criminalgerichte waren durchgängig z. B. neunzig Proceduren anhängig und daraus ging mit Nothwendigkeit hervor, daß am Ende eines jeden Jahres die Pendenzen, 1848 also 88, 1849 91, 1850 97 u. s. f., diese Zahl betrugen. Unter dem neuen Verfahren wird weniger untersucht und deßhalb und nur deßhalb betragen hier die anhängigen und am Ende des Jahres pendenten Proceduren auch außerordentlich weniger oder nur 15. Die Vergleichung der Pendenzen von früher und jetzt beweiset also nicht eine größere Thätigkeit und Schnelligkeit des neuen Verfahrens, sondern einzig und allein bestätigt es das Verhältniß, in welchem weniger untersucht wird. Hätte man recht vergleichen wollen, mußte man die Zahl der jährlich erledigten Untersuchungen, 538 im Jahr 1850 unter dem alten Verfahren und 192 unter dem neuen vergleichen. Zu ähnlichen falschen Ergebnissen wäre man gelangt, wenn man die Zahl der Verhafteten verglichen hätte; jetzt müssen die Verhafteten weniger zahlreich sein, weil weniger verhaftet wird.

Eben so ungeeignet werden die Kosten des alten Criminalverfahrens mit den Kosten des neuen Schwurgerichtsverfahrens in dem Berichte der Staatsanwaltschaft zusammengestellt, weil dabei die allein entscheidende Zahl der geführten Untersuchungen ganz außer Acht gelassen worden ist. Die Untersuchungs- und Proceßkosten betrugen

im	Jahr	1850	bei	538	Untersuchungen	16,750 Frk.
„	„	1851	„	533	„	16,737 „
„	„	1852	„	460	„	13,409 „
„	„	1853	„	192	„	16,112 „;

demnach haben die Untersuchungs- und Proceßkosten sich unter dem neuen Verfahren um drei Fünftheile vermehrt, dasselbe erscheint ganz

unzweifelhaft kostspieliger als das alte, was die Staatsanwaltschaft nicht einmal gesehen hat, sondern eher noch das Gegentheil. Da alle erheblichen Zeugen und die Damnificaten in der Regel wenigstens zwei Mal einvernommen werden, einmal durch das Verhöramt und dann vor dem Schwurgerichte in Zürich oder Winterthur (und Pfäffikon), — da ferner der Angeschuldigte, die Richter, Schreiber, Weibel und Landjäger vielfach hin- und herzureisen haben, müssen schon um die dießfälligen Kosten die Untersuchungs- und Proceßkosten sich vermehren. Die Decentralisation des Verhöramtes, auch in anderer Beziehung sehr zu tadeln, vermehrt nothwendig die Kosten und dazu wollen die Verhörrichter auf dem Lande mit Recht nicht umsonst arbeiten, weßhalb der Große Rath zu ihrer theilweisen Entschädigung für das Jahr 1854 den später gewiß zu erhöhenden Credit von 2000 Frk. (Herr Obergerichtspräsident Ullmer hatte 4000 Frk. beantragt) bewilligt hat. Die Unrichtigkeit der Rechnung der Staatsanwaltschaft geht übrigens auch daraus hervor, daß bei den 375 Personen, welche das Criminalgericht durchschnittlich im Jahr beurtheilt hat, die Untersuchungs- und Proceßkosten keinen höhern Betrag erreichten, als derjenige für die 150 durch das Schwurgericht Beurtheilten. Die Höhe der Untersuchungs- und Proceßkosten kann gleichmäßig an der Zahl der jährlichen Untersuchungen oder an derjenigen der Untersuchten und Beurtheilten ermittelt werden.

Endlich verfährt auch die Staatsanwaltschaft bei Vergleichung des Verhältnisses der Verurtheilungen zu demjenigen der Freisprechungen ganz unstatthaft. Sie vergißt nämlich vollständig, daß vor das Criminalgericht jährlich etwa 375 Personen gestellt und von ihnen durchschnittlich 322 bestraft, die übrigen aber von der Instanz entlassen oder freigesprochen worden sind, während im Jahr 1853 bloß 150 vor dem Schwurgerichte erschienen, von denen 137 bestraft und 13 freigesprochen wurden. Die frühern und jetzigen Verurtheilungen verhalten sich also = 322 : 137; die Verurtheilungen haben mit den Untersuchungen sich bedeutend vermindert und nicht erhöht, wie die Staatsanwaltschaft vorgibt. Unter

den 150 im Jahr 1853 vor das Schwurgericht gekommenen Personen waren 47 geständig, so daß nur bei 103 es eines Wahrspruches über Schuld oder Nichtschuld bedurfte; von diesen 103 erklärten 6 das Schwurgericht und 84 die Geschwornen schuldig, 13 sprachen die letztern frei. Die Geschwornen haben somit, während das Criminalgericht unter 100 Personen nur 6 freisprach und 8 von der Instanz entließ, 15,4 unter 100 freigesprochen, was sehr viel ist, besonders wenn zugleich die überlegte und vorsichtige Auswahl der Anklagen der Staatsanwaltschaft berücksichtigt wird.

Nicht wahr, Landbote, die Wahrheit bricht doch durch?!

Von großem Interesse sind die statistischen Mittheilungen bei Mittermaier, a. a. O., S. 478 ff. über das Verhältniß der Lossprechungen und Verurtheilungen durch die Geschwornen in England und Nordamerika. Nach Mittermaier ergibt sich in England, daß 28 Wahrsprüche der Nichtschuld auf 100 Urtheile kommen; „je schwerer die Strafen sind, welche dem Verbrechen gedroht sind, desto weniger Verurtheilungen kommen vor; von 76 im Jahr 1848 wegen Mordes vor Gericht Gestellten wurden 23 schuldig gefunden und 40 losgesprochen, von 84 im Jahr 1849 wegen Mordes Angeklagten 19 verurtheilt und 41 losgesprochen (16 wurden als geisteskrank erklärt).“ — Mit unendlicher Gutmüthigkeit bemerkt dazu Mittermaier, die Erscheinung, daß so viele Lossprechungen wegen Mordes erfolgen, werde sehr beklagt, sei aber zum großen Theile die Folge, daß viele der Geschwornen der Todesstrafe abgeneigt seien. Beschworne Pflichten unterliegen den Abneigungen!!!

3. Früher **konnte** gegen alle Urtheile des Criminalgerichtes die Appellation an das Obergericht ergriffen werden und gegen die Urtheile, welche eine Todes- oder Kettenstrafe verhängten, **mußte** von dem Vertheidiger sogar nach § 69 des organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege appellirt wer-

den; jetzt ist jede Appellation unmöglich und die Verurtheilung der Geschwornen nur außerordentlicher Weise anzugreifen.

Seit dem Anfange dieses Jahrhunderts wurde in Deutschland die Berufung selbst im Inquisitionsprocesse nicht nur allgemein für statthaft erklärt, sondern die durch das Studium der Rechtsphilosophie entstandene Ansicht, daß im Strafproceß materielle Wahrheit angestrebt werden solle, und der Verzicht des Angeschuldigten ausgeschlossen sei, weil es sich hier um unveräußerliche Rechte handle, führte selbst dahin, daß man bei den schwersten Verbrechen, wenigstens bei den Capitalverbrechen, nothwendige oder von Amts wegen vorzunehmende Prüfungen der Criminalurtheile durch höhere Gerichte (Revisionen) anordnete [1]. Diesen Anforderungen der Rechtsphilosophie, resp. der Gerechtigkeitstheorie hatte das zürcherische organische Gesetz vom 10. Brachmonat 1831 in anerkennenswerther Weise entsprochen und in dem gleichen Geiste durch § 60 auch vorgeschrieben, daß in allen Fällen, wo es sich nach der Ansicht des Criminalgerichtes oder des Staatsanwaltes um Verhängung einer Todesstrafe, Kettenstrafe oder Zuchthausstrafe handeln könnte, dem Angeschuldigten, auch wenn er es nicht verlange, insofern er nicht schon seinen Vertheidiger bezeichnet habe, ein solcher von Amts wegen aus der Zahl der patentirten Rechtsanwälte von dem Präsidenten des Criminalgerichtes beigeordnet werden solle. Es ist das schönste Zeugniß, welches ein Staat von seinem Bestreben nach der höchsten und unparteiischsten Gerechtigkeit ablegen kann, daß er in allen Fällen, in denen eine etwas schwerere Strafe in Frage kommen kann, den Angeschuldigten nicht nur gehörig vertheidigt, sondern auch das auszufällende Strafurtheil wegen des den Menschen auch bei dem besten

---

[1]) Jordan, Appellation in Strafsachen, in Weiske's, Rechtslexikon Bd. I, S. 408 ff.; Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, §§ 194 und 145.

Willen unvermeidlichen Irrthums jedenfalls oder von Amts wegen durch zwei verschiedene Gerichte überlegt und geprüft wissen will und daß er zugleich unbedingt das Recht der Appellation an ein höheres Gericht gestattet [1], um eine nochmalige Erwägung und Beurtheilung der Sache zu veranlassen. Hätte das Volk des Cantons Zürich mit Klarheit und Bestimmtheit die Frage zur eigenen Entscheidung vorgelegt erhalten, ob es eine größere Bürgschaft der Freiheit und der Gerechtigkeit in dem Rechte und in der Pflicht der Appellation, in der zweimaligen Prüfung des Urtheils oder in der inappellablen Beurtheilung durch Geschworne erblicke, die Entscheidung würde gewiß nicht lange geschwankt haben und für die Appellation gefallen sein. Das Rechtsmittel der Appellation mit Suspensiv- und Devolutiveffect, d. h. mit der Wirkung, daß die Vollziehung des erstinstanzlichen Urtheils einstweilen gehemmt und die Sache zur nochmaligen Berathung und Entscheidung vor ein anderes, höheres Gericht gebracht wird, ist im Civil- und Criminalverfahren in dem Cantone Zürich insofern ein durchaus volksthümliches, als man kaum anders denken und leben kann, als daß man ein ergangenes Urtheil appelliren, der Prüfung eines zweiten Gerichtes unterlegen dürfe, um mehr versichert zu sein, daß gerecht und nicht ungerecht geurtheilt worden sei. Darüber ist kein Streit möglich, daß ein durch verschiedene Gerichte geprüftes und nach wiederholter Vertheidigung und Ueberlegung gefälltes Urtheil nach menschlichen Kräften und Möglichkeiten größern Anspruch darauf habe, ein wahres und (menschlich) gerechtes zu sein, als dasjenige, welches nur nach einmaliger Verhandlung und Vertheidigung erlassen wurde. Es widerstrebt jedem menschlichen und zumeist dem republikani-

[1]) § 68 des genannten Gesetzes: „Innert vier Tagen kann sowohl der Staatsanwalt als der Angeschuldigte gegen das Urtheil (des Criminalgerichtes) die Appellation an das Obergericht ergreifen, in welchem Fall die sämmtlichen Acten unverzüglich dem Obergericht übermacht werden sollen."

schen Gefühle und Denken, daß die Mitmenschen, die Mitbürger mit einem einzigen Ausspruche unabänderlich (inappellabel) über das Schicksal, die Schuld oder Nichtschuld ihres Mitmenschen und Mitbürgers sollen bestimmen können. Eine höhere Entscheidung als diejenige Gottes kann es nicht geben, weil er das allwissende, allgerechte und allvollkommene Wesen ist; jedoch bei den unwissenden, ungerechten und unvollkommenen Menschen muß man so lange ein anderes Urtheil fordern, muß man von einem (schlechten, schlecht unterrichteten) Menschen an den andern (bessern, besser unterrichteten) appelliren können, bis das menschlich mögliche gerechteste und zuverlässigste Urtheil vorliegt. Die Appellation ist deßhalb als Rechtsmittel, als Sicherungsmittel der menschlichen Gerechtigkeit, unentbehrlich und das Geschwornenverfahren kann ein freisinniger Staat schon deßhalb nicht bei sich aufnehmen, weil er dann auf die Appellation Verzicht leisten müßte.

Wie wenig übrigens die Deutschen und Züricher in der Lage sich befinden, durch englische Einrichtungen die Freiheit und das Recht zu stützen und zu schützen, mag daraus entnommen werden, daß bis heute in dem gepriesenen England das Gesetz in keinem Falle Sorge trägt, daß für den Angeklagten von Amts wegen ein Vertheidiger bestellt werde, und daß dort selbst bei todeswürdigen Verbrechen der Angeklagte sehr oft ohne Vertheidiger erscheint und beurtheilt wird [1]). Ja vor dem neuen Gesetze des Jahres 1836 war sogar in England eine Vertheidigung nicht bei allen Verbrechen erlaubt und bei felonies ausgeschlossen; erst jenes Gesetz vom 20. August 1836 anerkannte die Zulässigkeit eines Vertheidigers bei allen Anklagen.

Die zur Schuldigerklärung in England und Nordamerika erforderliche Einstimmigkeit der Geschwornen wird dort mit Recht als ein Sicherungsmittel gegen ungerechte Verurtheilungen betrachtet [2]) und ist

---

[1]) Mittermaier, das englische Strafverfahren, S. 300 und 301.
[2]) Derselbe, a. a. O., S. 471 ff.

als solches ungeachtet vieler dagegen erhobener und allerdings zu erhebender Einwendungen fortwährend beibehalten worden. Erwägt man, daß bei den Geschwornen als ungelehrten Richtern Irrthum leichter möglich ist und dennoch ihr Wahrspruch unabänderlich sein soll, wird man sehr gedrängt, in der Forderung der Einstimmigkeit der Geschwornen solchem Irrthume nach Kräften vorzubeugen. Indessen gerade hierin ist man in Frankreich, Deutschland und der Schweiz von dem englischen Vorbilde abgewichen und hat nach dem schottischen Rechte [1]) entweder acht Stimmen (jetzt namentlich in Frankreich), oder auch nur die einfache Stimmenmehrheit (sieben Stimmen) zur Gültigkeit des Wahrspruches der Geschwornen für hinreichend erklärt, indem man befürchtete, bei Stimmeneinhelligkeit werden zu viele grundlose Freisprechungen erfolgen und also die Verbrechen oft unbestraft bleiben. § 259 des zürcherischen Gesetzes betreffend die Strafrechtspflege verfügt auf diese Weise: „Zu einem gültigen Wahrspruch ist die Zustimmung von wenigstens acht (zwei Drittheile der Stimmen) Geschwornen erforderlich. Wenn ungeachtet einer wenigstens zwölfstündigen Berathung die Zustimmung von acht Geschwornen zu einem das Verfahren beendigenden Wahrspruch nicht erhältlich ist, so kann der Gerichtshof, wenn er es für passend findet, die Jury auflösen, und es hängt in diesem Falle von dem Staatsanwalte ab, ob nach § 214 die Sache auf sich beruhen, oder ob eine neue Jury gebildet, und das Hauptverfahren von Neuem begonnen werden solle." — Die letztere Bestimmung über die Entlassung der Geschwornen, wenn dieselben ungeachtet einer zwölfstündigen Berathung sich nicht zu einem Wahrspruche haben vereinigen können, ist aus dem nordamerikanischen Rechte entlehnt, welches seinerseits wieder dem Entwurfe von Livingston folgt. Livingston wollte in Uebereinstimmung mit einer neu gebildeten Rechtsübung das Gericht ermächtigen, dann die

---

[1]) Glaser, a. a. O., § 362; Mittermaier, a. a. O., S. 471.

Jury zu entlassen und den Fall vor eine andere Jury zu bringen, wenn mit Wahrscheinlichkeit sich ergibt, daß sich die Geschwornen nicht vereinigen werden und durch längere Einschließung die Gesundheit eines Geschwornen gefährdet werden könnte [1]. Neben einer solchen Ermächtigung des Gerichtes sollte man auf der Einstimmigkeit der Geschwornen **zur Schuldigerklärung** beharren und zwar unter allen Umständen beim bloßen Indicienbeweise. Die zweite Kammer in Hannover z. B. hat indessen vergebens gestritten, daß man dem allein richtigen Grundsatze der Einstimmigkeit sich dadurch nur nähere, daß man für die Verurtheilung zwei Drittheile Majorität vorschreibe; die erste Kammer und die Regierung setzten die einfache Stimmenmehrheit durch [2]; die Regierung führte hiefür offen an, daß die Rücksicht auf die Aufrechthaltung der Rechtsordnung und die dadurch begründete Nothwendigkeit, den Uebertreter der Strafgesetze zu der verdienten Strafe zu ziehen, es durchaus widerrathe, durch eine übermäßige Erschwerung des Beweises, der durch Stimmenmehrheit sich aussprechenden Ueberzeugung der Richter zuwider, die Gerechtigkeit zu verkümmern. Es liegt unläugbar viele Wahrheit in den Bemerkungen der Regierung: allein durch zu große Erleichterung des Schuldigsprechens bei ungelehrten, nur auf ihre Ueberzeugung verwiesenen und dafür ganz unverantwortlichen Richtern läuft die Gerechtigkeit noch größere Gefahr, so daß in dieser mißlichen Lage der erkannten größern Gefahr in irgend einer Weise entgegengetreten werden muß. Will man an der Stelle der beständigen gelehrten Richter Geschworne und sollen diese nicht mit Stimmeneinheit, sondern mit relativer (zwei Drittheile) oder einfacher Stimmenmehrheit entscheiden, dann greife man mindestens noch zu der Anordnung, daß in allen wichtigern, namentlich mit Todesstrafe bedrohten Fällen die Zahl der Geschwornen auf 14, 16, 18 und bis 24 vermehrt werden und unter ihnen

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 474.

[2]) Leonhardt, die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover, Bd. I, S. 175, Anm. 1.

zwei Drittheile der Stimmen für die Schuld sich erklären müssen. Alle menschlichen Einrichtungen sind der Verbesserung fähig und weßhalb sollte die englische Jury in der Art nicht verbessert werden können? Schon Pinheiro, der ehemalige portugiesische Minister, hatte in einem übrigens durchaus unpraktischen Aufsatze in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. VIII, „Ueber das Institut der Geschwornen im Allgemeinen, seine Fehler und seine mögliche Verbesserung", S. 421, indem er die Stimmeneinhelligkeit der englischen Geschwornen als unbillig und absurd tadelte, vorgeschlagen: 1) daß die Zahl der Glieder des Schwurgerichts von 3 bis zu 18, z. B. nach der Wichtigkeit der Gegenstände, steige; 2) daß, wenn die Stimmen getheilt sind und keine Meinung zwei Drittheile der Stimmen erhalten hat, neue Geschworne berufen werden, welche zwischen den von den ersten Geschwornen ausgesprochenen Meinungen zu entscheiden haben, bis eine davon zwei Drittheile aller gegebenen Stimmen erhält. — An dem zweiten Theile des Vorschlages mag man übrigens schon erkennen, ob das Urtheil über das Unpraktische der Abhandlung von Pinheiro gerechtfertigt sei.

Noch muß, als für den Charakter und die Geschichte des Geschworneninstitutes höchst bezeichnend, einer Maßnahme gedacht werden, wodurch man im Jahr 1835 in Frankreich die Gefahren der so häufigen Freisprechungen politischer Verbrecher glaubte entfernen zu können und zu müssen. In der Voraussetzung, daß die Geschwornen, wenn ihre Abstimmung bekannt wird, die Neckereien ihrer Mitbürger, Verfolgungen oder die Rache der Freunde der Angeklagten zu fürchten haben, und dadurch den Muth verlieren, ihre Ueberzeugung auszusprechen, führte das französische Gesetz vom 9. September 1835 die geheime Abstimmung der Geschwornen ein und ein späteres Gesetz vom 13. Mai 1836 ordnete das dabei zu beobachtende Verfahren [1]).

---

[1]) In der oben angeführten kritischen Zeitschrift, Bd. VIII, S. 479 ff. ist das letztere Gesetz mitgetheilt.

Schließlich mag bemerkt werden, daß die Einrichtungen, welche das Geschwornengericht auf der Insel Malta durch die Proclamation vom 29. October 1829 erhalten hat, den hier über die eventuelle Gestaltung des Geschwornengerichtes geäußerten Ansichten und Wünschen sehr sich nähern. Nach Art. 32 jener Proclamation kann ein Todesurtheil nur gefällt werden, wenn der Angeklagte seine Schuld gestand, oder die Geschwornen einstimmig waren; gründet sich das Verdict nur auf Stimmenmehrheit, so sprechen die Richter anstatt der Todesstrafe eine andere Strafe aus [1]). Die Gesetzgebung der Insel Malta ist also freisinniger und gerechter als die neue Gesetzgebung des Cantons Zürich.

4. Die Stellung und Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft war mehr durch die Gerichte beaufsichtigt und mit ihnen verbunden, wie in einem freien Staate die Freiheit durch die gegenseitige Beaufsichtigung und durch die Zusammenwirkung der verschiedenen Volksbehörden, namentlich aber Gerichtsbehörden am besten erreicht und verbürgt wird.

Das bezüglich der veränderten Stellung der Staatsanwaltschaft schon früher Vorgetragene bedarf keiner Wiederholung.

5. In dem frühern Gesetze war vollständig der Grundsatz durchgeführt, daß alle Verbrechen von Staats wegen zu untersuchen und zu bestrafen seien, der ganze Strafproceß beruhte auf der Inquisitionsmaxime, wogegen das neue Gesetz unklar zwischen dem Inquisitions- und dem Accusationsprocesse hin- und herschwankt und deßhalb an unauflöslichen inneren Widersprüchen leidet.

---

[1]) Die ganze Proclamation ist abgedruckt in der angeführten kritischen Zeitschrift, Bd. VIII, S. 481 ff.

In Deutschland wie in der Schweiz ist seit Jahrhunderten die Ansicht eben so allgemein als unbedingt anerkannt worden, daß ein jedes Verbrechen, weil es die Staatsordnung verletze und gefährde, auch von Staats wegen untersucht und bestraft werden müsse, daß der Staat seiner selbst wegen die Strafgerechtigkeit auszuüben habe und kein Verbrechen unbestraft lassen dürfe [1]). Aus dieser Ansicht ergibt sich für den Staat, für die in demselben bestehenden Polizei- und Gerichtsbehörden die Verpflichtung, sobald ein Verbrechen begangen ist, gleichviel ob der dadurch Verletzte klage oder nicht und ob dessen Urheber schon bekannt sei oder nicht, zu untersuchen und mit und in dieser Untersuchung den Urheber und alle sonstigen Theilnehmer zu entdecken, um dieselben nach Verdienen oder gerecht bestrafen zu können. Die Untersuchung des Staates, die Staatsinquisition wird also thätig oder beginnt ohne Rücksicht auf einen klagenden Verletzten und ohne abzuwarten, daß schon eine bestimmte Person des Verbrechens verdächtig oder angeklagt sei, so wie dieselbe zugleich alle die Strafbarkeit, die Schuld oder Unschuld bestimmenden Verhältnisse ermittelt, weil eben Gerechtigkeit und nur diese walten soll. Die Untersuchung ist gegen jedes Verbrechen und daher auch gegen das bloße Verbrechen mit noch unbekanntem Thäter gerichtet, worauf es beruht, daß man hier zwischen dem objectiven Thatbestande, dem Beweise des Verbrechens an und für sich, und dem subjectiven Thatbestande, dem Beweise, daß eine bestimmte Person (Subject) das Verbrechen verübt habe, unterscheidet und unterscheiden kann. Der Beweis, die Untersuchung wird wesentlich durch den Staat, durch die von ihm dazu beauftragten Behörden, durch die Gerichte geführt und die Parteien haben nur die Pflicht gleich allen übrigen Staatsbürgern, hierin den Staat nach Kräften zu unterstützen. Selbst von dem Angeschuldigten, dem Untersuchten wird die Wahrheit,

[1]) Vergl. besonders Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprocesses und der Geschwornengerichte, Leipzig 1827.

das Geständniß gefordert. Die Ergebnisse der Untersuchung können dem urtheilenden Gerichte dabei unmittelbar, wie früher in Deutschland, oder auch durch einen öffentlichen Ankläger, wie in Frankreich nach dem Code d'Instruction criminelle, vorgelegt werden; der Inquisitionsproceß, der von Amts wegen zu führende Proceß behält seinen Charakter gleichmäßig ohne und mit einem öffentlichen Ankläger, kann also in dieser Hinsicht rein inquisitorisch oder zugleich accusatorisch sein.

Der Inquisitionsgrundsatz war in dem organischen Gesetze über die Strafrechtspflege des Cantons Zürich vom 10. Brachmonat 1831, § 13 an die Spitze des ganzen Verfahrens mit den Worten gestellt: „Alle Verbrechen und Vergehen sollen von Staats wegen untersucht und bestraft werden, auch wenn keine Klage oder Aufforderung von Seite der beleidigten Privatperson vorliegt; jede außergerichtliche Beseitigung solcher Fälle ist allen Beamten aufs strengste und bei eigener Verantwortlichkeit untersagt.“ Art. 58 der Staatsverfassung hatte nach demselben Grundsatze bestimmt, daß der Regierungsrath, unter Bestätigung des Großen Rathes, einen Staatsanwalt erwählen solle, welcher in Strafsachen von Amtes wegen im Namen des Staates vor den Gerichten klagt, und hatte zugleich die Vollziehungsbehörden verpflichtet, die ersten Spuren von Verbrechen und Vergehen zu erheben, diejenigen Maßregeln zu treffen, welche wegen Gefahr im Verzug der Ueberweisung an die Gerichte vorhergehen müssen, und überhaupt den von Seite der Gerichte zum Behuf der Behandlung von Rechtssachen gestellten Begehren Genüge zu leisten. Die Vollziehungsbehörden und die Staatsanwaltschaft, alle Gerichte und vorzüglich die Untersuchungsgerichte (das Cantonalverhöramt) hatten also gleichmäßig die Verpflichtung, von Amtes wegen die Verbrechen und die Verbrecher zu verfolgen und Alles zu thun, was zu ihrer Entdeckung und Bestrafung beitragen konnte; kein bekanntes Verbrechen durfte unbestraft gelassen werden und am wenigsten war es den Parteien anheimgegeben, in die dem Staate zustehende Strafgewalt einzu=

greifen und sich etwa über die Erlassung der Untersuchung oder Strafe zu verständigen.

Bei Einführung des neuen Verfahrens wollte man den Inquisitionsgrundsatz nicht nur nicht aufgeben, sondern zunächst ausdrücklich beibehalten, indem der § 13 des frühern organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege zum § 1 des neuen Gesetzes betreffend das Strafverfahren gestaltet wurde: „Alle Verbrechen (Vergehen) und Polizeiübertretungen werden im Namen des Staates verfolgt, auch wenn keine Klage oder Aufforderung von Seite einer beleidigten Privatperson vorliegt. Vorbehalten bleiben die in dem Strafgesetzbuche enthaltenen Ausnahmen (§ 14 des organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege.)" Ebenso steht § 2 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren: „Die Polizeiangestellten haben nach Anleitung ihrer Pflichtordnung und gemäß den Weisungen ihrer Vorgesetzten die begangenen strafbaren Handlungen und die Beweise derselben zu erforschen und der zuständigen Polizeibehörde über die Ergebnisse ihrer Thätigkeit Bericht zu erstatten", und § 3 desselben Gesetzes: „Jeder Behörde und jedem Einzelbeamten liegt die Pflicht ob, Verbrechen oder Polizeiübertretungen, die ihnen auf amtlichem Wege bekannt werden, der zuständigen Polizeibehörde anzuzeigen", — noch in Uebereinstimmung mit § 15 des frühern organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege: „Die Vollziehungsbehörden sind laut Art. 58 der Verfassung verpflichtet, die ersten Spuren von Verbrechen und Vergehen zu erheben und diejenigen Maßregeln zu treffen, welche, wegen Gefahr im Verzug, der Ueberweisung an die Gerichte vorhergehen müssen." In §§ 9 und 10 fällt sodann aber plötzlich das Gesetz von dem in §§ 1, 2, 3 u. ff. verkündeten Inquisitionsprincipe, wornach alle Verbrechen von Staates wegen zu untersuchen und zu bestrafen sind, ab und nimmt auch das damit in unvereinbarem Widerspruche stehende Accusationsprincip des englischen Strafrechtes an. Der Staat kann nämlich das Verbrechen auch als bloße Verletzung des Privaten betrachten und sich nur die Pflicht beilegen, dem

durch das Verbrechen verletzten Privaten die Möglichkeit zu geben, daß er gegen den Urheber des Verbrechens auf Ersatz und Strafe klage, ihn überweise. Das Verbrechen ist sonach keine Verletzung der Staatsordnung (crimen publicum), sondern eine Verletzung des Privatrechtes (delictum privatum) und deßhalb der Strafproceß auch nur ein privatrechtlicher, ein civilrechtlicher. Die allgemeinen Grundsätze des Strafprocesses sind bei dieser Anschauung der Natur des Verbrechens von selbst und mit eben solcher Nothwendigkeit gegeben, wie bei dem entgegengesetzten Inquisitionsgrundsatze, Staatsgrundsatze; aus dem Begriffe von Privatverbrechen, Verletzung eines Privatrechtes, und Staatsverbrechen, Verletzung der Staatsordnung, kann in seinen Grundzügen das entsprechende processualische Verfahren gefolgert, der Geschichte zur bloßen Bestätigung vorgezeichnet werden. Wie im Civilprocesse überhaupt, hängt es auch in dem civilrechtlichen Strafprocesse einzig und allein von dem Kläger ab, ob er klagen wolle, ob und wie er den Beweis der Klage leisten wolle und könne, und welche Strafe (Zahlungsverbindlichkeit) dem Beklagten, dem Angeschuldigten auferlegt werden solle; der Richter gewärtigt die Klage, schreitet ohne eine solche gar nicht ein, ordnet und leitet das Beweisverfahren, verschafft dem Kläger, Ankläger und dem Beklagten, Angeklagten das gleiche Recht der Beweisführung und entscheidet unter den streitenden Parteien zuletzt nach dem Ergebnisse der gegenseitigen Beweisführung. Philosophisch und geschichtlich ist es die niedrigere, die weniger wahre und einsichtsvolle Stufe der strafrechtlichen, der staatlichen Entwickelung, das Verbrechen als einfache Privatrechtsverletzung anzusehen und zu behandeln; nur die vorgeschrittensten und ausgebildeten Staaten erblicken in dem Verbrechen eine Verletzung und Gefährdung der gesammten Staatsordnung, legen sich die unverbrüchliche Pflicht bei, die Strafgerechtigkeit zu verwirklichen und daher ein jedes Verbrechen nach Verdienst zu bestrafen. Das englische Strafrecht und Strafverfahren, wie es oben als ein noch einfaches und durchaus

unwissenschaftliches, jeden Fortschritt und jede Wissenschaft hemmendes schon nach andern Gesichtspunkten geschildert worden ist, hat seine Gestaltung hauptsächlich durch die privatrechtliche Auffassung des Verbrechens erhalten und behalten. Der zürcherische Strafproceß, ein Inquisitionsproceß, stand in jeder Beziehung höher, fortgeschrittener als der englische und jetzt soll jener im vollsten Sinne des Wortes rückwärts zu dem englischen schreiten, während die Engländer selbst die größten Anstrengungen machen, ihren Strafproceß fortzubilden zu dem Inquisitionsprocesse. Biener, über die Einführung der Geschwornengerichte in England, S. 46 ff. hat ganz besonders auf den noch jetzt bestehenden accusatorischen Charakter des englischen Criminalverfahrens aufmerksam gemacht und zwar in nachfolgenden einzelnen Momenten:

a. Abgerechnet die Coroner-Untersuchungen können nur durch Privatanklage, wozu jeder Bürger sowohl berechtigt als verpflichtet ist, Verbrechen zur gerichtlichen Verfolgung kommen. Denn wenn auch gewisse Staatsbeamte (Mittermaier, Strafverfahren I, S. 263 und II, S. 115) auf information Verbrechen verfolgen können, so geht dieß doch nur auf Fälle, welche das specielle Interesse des Staates betreffen, und ist daher nicht öffentliches Ministerium, sondern Klage im Namen des unmittelbar Verletzten, welche jedoch nicht durch die große Jury geht.

b. Bei der Prüfung der Privatanklage, welche von Seiten der großen Jury stattfindet, wird der Angeschuldigte nicht gehört.

c. Wenn der Kläger in dem Gerichtstermine zu Fortsetzung der Klage nicht erscheint, wird der Angeschuldigte freigesprochen und entlassen.

d. Wenn in der Formulirung der Anklage oder in den Bezeichnungen des Falles, welche nothwendig sind, ein Mangel oder ein Irrthum sich vorfindet, wird der Angeschuldigte freigelassen.

e. Der Angeschuldigte wird außer der allgemeinen Frage, ob er sich schuldig erkenne, nicht vernommen; indessen steht ihm frei, Er-

läuterungen zu geben und Einwendungen gegen die Beweismittel geltend zu machen. Es wird also keineswegs auf das Geständniß hingearbeitet; im Gegentheile wird unter Umständen der Angeschuldigte erinnert, daß er läugnen dürfe. Legt er aber in der Gerichtssitzung ein Geständniß ab, so begründet es ohne weitere Prüfung die Strafe und macht den Spruch der Jury überflüssig.

f. Die Vernehmung der Zeugen sowohl für den Beweis der Klage, als für die Vertheidigung wird in der Regel von den Beiständen der beiden Parteien abgehalten, also gegenseitige Beweisführung.

g. Die Zeugen sind berechtigt, die Antwort zu verweigern, wenn ihre Aussage für sie selbst eine Inculpation, z. B. wegen Begünstigung des Verbrechens, herbeiführen kann.

h. Der vorsitzende Richter ist nicht ermächtigt, Zeugen und Beweismittel vorführen zu lassen, welche nicht von den Parteien aufgerufen sind.

i. Die Anklage, welche in Hinsicht auf die Härte der Strafgesetze öfters das Verbrechen absichtlich zu einer niederen Stufe qualificirt, wird dennoch als Norm festgehalten.

k. Der Ankläger kann den Angeklagten mit Erfolge der Milde des Gerichts empfehlen, und bei einzelnen dazu sich eignenden Fällen läßt sogar das Gericht eine außergerichtliche Verständigung mit dem Ankläger zu.

Diese Sätze sind reine Folgerungen aus dem Grundsatze der Privatklage, dem Accusationsprincipe und hätten auch durch das neue zürcherische Gesetz anerkannt werden sollen, wenn es einmal mit Bewußtsein die englische Privatklage, das englische Recht in dem Cantone Zürich einführen wollte; allein der unauflösliche Widerspruch, welcher zwischen § 1 des Gesetzes, dem Inquisitionsprincipe, und dem § 10, dem Accusationsprincipe, der Privatstrafklage besteht, läuft durch das ganze Gesetz wie der rothe Faden hindurch und wird nur dadurch etwas verdeckt und gemildert, daß das bisher allein geltende, alle Verhältnisse

und Einrichtungen durchdringende Inquisitionsprincip doch wieder durchbricht und das fremdartige Accusationsprincip sich unterwirft, sich entsprechend umgestaltet. Wie der geborne Züricher noch lange kein wahrer Engländer wird, wenn er auch englische Art und Sprache annimmt, sondern den englischen Züricher oder zürcherischen Engländer doch Jeder sofort erkennt und er, wie es einmal einem zürcherischen Cantonsfürsprech wirklich begegnet sein soll, in seiner englischen Unterhaltung vielleicht plötzlich durch die Worte unterbrochen wird: „Sie sind ein Züricher, wollen Sie nicht lieber Züricher Deutsch reden, das geht geläufiger"; ebenso verhält es sich mit dem neuen zürcherischen Gesetze, welches das englische Verfahren einführen sollte, denn auch in ihm ist der alte zürcherische Inquisitionsgeist in alle englischen Vorschriften eingedrungen und hat dieselben wesentlich verändert. Schon in § 10 des Gesetzes, wodurch die Strafklage dem Geschädigten gestattet wird, macht sich sofort das Inquisitionsprincip insofern wieder geltend, als über die Zulässigkeit der Klage das zuständige Gericht, resp. in den an das Schwurgericht gehörenden Fällen die Anklagecommission zu entscheiden hat. In England darf der Präsident keine Zeugen vorladen lassen, die der Ankläger oder der Vertheidiger nicht vorlud [1]), weil nach dem Anklageprincipe der Richter um die Beweisführung sich nicht kümmert, die Untersuchung nicht führt und nur die Beweisführung der Parteien überwacht und leitet. Im Canton Zürich kann zufolge § 126 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren mit Recht auch der Schwurgerichtspräsident Zeugen von sich aus vorladen lassen, wenn er nämlich dieselben als wichtig für die Entdeckung der Wahrheit hält, was aber dem Untersuchungsprincipe angehört; dennoch fallen dann die §§ 232, 233 und 234 in das Anklageverfahren zurück, indem nach denselben der Staatsanwalt und der Vertheidiger des Angeklagten oder allfällig auch der Angeklagte selbst zunächst die von ihnen bezeichneten Zeugen verhören

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 422.

und der Schwurgerichtspräsident nur die Zeugeneinvernahmen beaufsichtigen, die Stellung von Fragen, die ungebürlich sind, untersagen und die Zeugen vor Beleidigungen schützen soll. Dem Untersuchungsprincipe ist dann wieder § 235 entflossen, wornach der Präsident das Recht hat, aus eigenem Antriebe oder auf Verlangen eines Richters oder Geschwornen Fragen an die Zeugen einzuschieben oder nachzuholen; ebenso es den Richtern und den Geschwornen zusteht, nach gänzlich vollendeter Einvernahme eines jeden Zeugen beliebige Fragen an denselben zu richten. Im Geiste des Untersuchungsprincipes, des Verfahrens von Staats wegen liegt es, daß der Schwurgerichtspräsident die Zeugen (und Sachverständigen) einvernimmt, vorbehältlich des Rechtes der Parteien, des Staatsanwaltes und des Angeschuldigten, resp. seines Vertheidigers nachher an die Zeugen die geeigneten Fragen stellen zu können. Art. 319 des Code d'Instruction criminelle bestimmt auf diese Weise: „Der Angeklagte oder dessen Vertheidiger kann den Zeugen, nach Beendigung der Aussagen, durch das Organ des Präsidenten befragen, und sowohl gegen denselben als gegen dessen Zeugniß Alles vorbringen, was zur Vertheidigung des Angeklagten dienlich sein kann. Der Präsident kann ebenfalls von den Zeugen und von dem Angeklagten jede Aufklärung fordern, die er zur Entdeckung der Wahrheit für nöthig erachtet. Die Richter, der Generalprocurator, und die Geschwornen haben die nämliche Befugniß, sie müssen jedoch den Präsidenten um das Wort bitten. Die Civilpartei kann nur durch das Organ des Präsidenten dem Zeugen oder dem Angeklagten Fragen vorlegen." — Das badische Gesetz vom 5. Februar 1851, die Einführung des neuen Strafverfahrens und der Schwurgerichte betreffend [1]), § 92 verfügt: „Der Präsident des Schwurgerichtshofes hat die Verhandlungen in der Sitzung zu leiten, den Angeklagten und die Aus-

[1]) Bei Häberlin, Sammlung der neuen deutschen Strafproceßordnungen, Greifswald 1852, S. 422 ff.



kunftspersonen zu vernehmen, auch die Ordnung, in welcher die einzelnen Beweismittel vorzubringen sind, zu bestimmen." — § 98 der preußischen Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschwornen in Untersuchungssachen [1]) sagt: „Die Leitung der Verhandlung, insbesondere das Verhör des Angeklagten und der Zeugen, gebührt dem Vorsitzenden des Gerichts. Dieser muß dem Staatsanwalte und kann dem Angeklagten oder dessen Vertheidiger, so wie den Geschwornen gestatten, Fragen, welche sie zur Aufklärung der Sache für angemessen erachten, unmittelbar an die Betheiligten zu richten." — Auch das baierische Gesetz vom 10. November 1848 über die Schwurgerichte [2]) überträgt die Einvernahme des Angeklagten und der von dem Staatsanwalte und vom Angeklagten zur Abhörung vorgeschlagenen Zeugen an den Schwurgerichtspräsidenten. Art. 162 des Gesetzes besonders berechtigt und verpflichtet den Schwurgerichtspräsidenten, in jedem Momente der Verhandlung von dem Angeklagten und den Zeugen die nothwendig erachteten Erklärungen über die vorkommenden Thatsachen zu verlangen; er kann auch einzelne Zeugen einander gegenüber stellen und abwechselnd Fragen an einen und den andern richten; ebenso kann er während einer einzelnen Vernehmung einen oder mehrere Zeugen, den Angeklagten oder Mitangeklagten aus dem Sitzungssaale entfernen lassen, hat aber in den beiden letzten Fällen die Verpflichtung, diese Personen nach ihrer weiteren Vernehmung von allem Demjenigen zu unterrichten, was während ihrer Abwesenheit ausgesagt oder sonst verhandelt worden. Außer dem Präsidenten können auch die Richter, die Geschwornen und der Staatsanwalt Fragen an die Zeugen und an den Angeklagten stellen, nachdem sie zuvor von dem Präsidenten die Erlaubniß hiezu erhalten haben. Auf dieselbe Weise können auch der

---

[1]) Bei Häberlin, a. a. O., S. 194 ff.

[2]) Idem a. a. O., S. 235 ff.

Angeklagte und sein Vertheidiger Fragen an die Zeugen stellen. Sollten sie jedoch die ihnen eingeräumte Befugniß mißbrauchen, so kann der Präsident sie anhalten, ihm die zu stellenden Fragen vorerst anzugeben, und diejenigen, welche ihm unangemessen scheinen, zurückweisen. Wird gegen eine solche Zurückweisung Einspruch erhoben, hat der Schwurgerichtshof zu entscheiden. Aehnlich sind die Bestimmungen der übrigen deutschen Schwurgerichtsordnungen.

Die bisher gerügten Widersprüche zwischen dem Inquisitionsverfahren, dem Verfahren von Staats wegen, und dem Anklageverfahren, dem Verfahren und Beweisen durch die Parteien, welche beide Verfahren sich gegenseitig ausschließen und dennoch in dem neuen zürcherischen Gesetze neben einander bestehen sollen, steigern sich bei näherer Betrachtung zur völligen Verwirrung des ganzen Verfahrens und müssen schlechterdings gelöst werden, — hoffentlich und gewiß zu Gunsten des Inquisitionsverfahrens. Man darf mit Bestimmtheit behaupten, daß das Volk des Cantons Zürich bei der Annahme des Geschwornengerichtes nicht entfernt gedacht und gewollt habe, es sollen nicht bloß die Geschwornen das urtheilende Criminalgericht und Obergericht ersetzen, sondern es solle zugleich das seit wenigstens drei Jahrhunderten ohne wesentliche Beschränkung anerkannte und geübte Untersuchen und Bestrafen aller begangenen Verbrechen von Staats wegen aufgehoben sein; selbst die wenigen Verfasser und Urheber des neuen Gesetzes hatten diesen Gedanken und Willen wohl nicht und haben nur zwei ganz verschiedene und mit möglichster Klarheit zu trennende Einrichtungen verwechselt. Das reine Anklageverfahren schließt in sich, daß der Staat von sich aus und mithin auch die Gerichte kein Verbrechen untersuchen und bestrafen, daß namentlich auch kein von dem Staate bestellter Ankläger im Namen des Staates und wegen des Staates klagt und beweiset, wie das Letztere noch jetzt in England der Fall ist, weßhalb aber auch dort im Interesse des Inquisitionsprincipes neuerlich allgemein die Aufstellung öffentlicher Ankläger verlangt wird, damit diese da,

wo der Privatmann oder ein Verein die Anklage nicht übernehmen und durchführen will, als Ankläger auftreten [1]). Das neue zürcherische Gesetz betreffend das Strafverfahren § 1 hat den obersten Grundsatz des englischen Strafverfahrens, den der bloßen Privatanklage, des Nichtklagens und Nichtuntersuchens von Staats wegen mit der größten Sorgfalt aufgegeben und den gerade entgegengesetzten Grundsatz an die Spitze gestellt, daß alle Verbrechen im Namen des Staates verfolgt werden sollen, auch wenn keine Klage oder Aufforderung von Seite einer beleidigten Privatperson vorliegen sollte. Zur Verwirklichung dieses **nichtenglischen** Grundsatzes der **Staatsanklage** oder zur Führung der Anklage im Hauptverfahren sind durch § 7 desselben Gesetzes berufen:

a. bei dem Obergerichte, bei der Criminalabtheilung des Obergerichtes und bei dem Schwurgerichte der Staatsanwalt, oder ein Substitut oder außerordentlicher Vertreter desselben;

b. bei den Bezirksgerichten die Bezirksstatthalter;

c. bei den Kreisgerichten die Gemeindeammänner (mit Hinsicht auf Polizeiübertretungen die Gemeinderäthe oder deren Polizeicommissionen).

Nach demselben Grundsatze der Staatsanklage ist die ganze Voruntersuchung in den §§ 2—8 eingerichtet; vorzüglich sagt § 4: „Die Polizeibehörden, und zwar in Sachen, die an das Kreisgericht gehören, die Gemeindeammänner, in allen andern Fällen die Statthalter, sind verpflichtet, die ersten Spuren von Verbrechen und Vergehen zu erheben und alle diejenigen Maßregeln zu treffen, welche ohne Gefahr nicht verschoben werden können. Der zuständige Beamte wird zu diesem Behufe, so oft es zweckmäßig erscheint, sich an den Ort hinbegeben, an welchem das Verbrechen verübt worden ist. Sobald der objective Thatbestand des Verbrechens genügend festgestellt ist, und mit Bezug

[1]) Mittermaier, a. a. O, S. 232—238.

auf den subjectiven Thatbestand die nöthigen sichernden Verfügungen getroffen sind, sollen die Acten dem competenten Gerichte zur Durchführung der Untersuchung übermittelt werden. Diese Uebermittelung soll in Fällen, in welchen Jemand verhaftet ist, innerhalb vier, in allen übrigen Fällen innerhalb zehn Tagen stattfinden. Die Befugnisse, die dem Statthalter zustehen, können auch von der Staatsanwaltschaft ausgeübt werden." — Die Gerichte haben also die Untersuchungen von Amts wegen durchzuführen und sie thun es nach dem neuen Gesetze, wie nach dem älteren schriftlich und heimlich, was nicht entfernt mit dem englischen Rechte, nach dem namentlich auch die Voruntersuchung durchaus öffentlich [1]) ist, sich verträgt. Mit allem Nachdrucke muß es hervorgehoben werden, daß selbst nach dem neuen Gesetze alle Voruntersuchungen ohne Ausnahme und bei den an die Kreis- und an die Bezirksgerichte gehörenden Vergehen durch die kreis- und bezirksgerichtlichen Verhörämter auch die Hauptuntersuchungen nach der reinen Untersuchungsmaxime geführt werden und noch dazu schriftlich und heimlich; die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit bei den durch die Kreis- und durch die Bezirksgerichte zu beurtheilenden Vergehen beschränkt sich darauf, daß an dem zu seiner Beurtheilung angesetzten Rechtstage der Angeschuldigte in öffentlicher Gerichtssitzung sich mündlich vertheidigt oder (bei den Bezirksgerichten) durch einen Anwalt vertheidigen läßt, und darauf von dem Gerichte das Urtheil über ihn ausgefällt und eröffnet wird. Das Strafverfahren ist nach allen Richtungen auch jetzt noch inquisitorisch und sogar die an das Schwurgericht zu verweisenden Fälle werden inquisitorisch bis zu dem Augenblicke behandelt, in welchem das schwurgerichtliche Verfahren beginnen soll; die Statthalterämter, die Staatsanwaltschaft, die obergerichtlichen und bezirksgerichtlichen Untersuchungs- oder Verhörrichter inquiriren nur in diesen Fällen, schriftlich und heimlich, um die vollständigen Untersuchungsacten

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 220 ff.

an die Staatsanwaltschaft zur Stellung der schwurgerichtlichen Anklage zuletzt abzugeben. Diese Inquisitionen, diese dem Verfahren vor Schwurgericht vorausgehenden gerichtlichen Untersuchungen sind insofern die Hauptsache, der wichtigste Theil des gesammten Verfahrens, als sie durch die von ihnen zu sammelnden Beweise darüber entscheiden, ob der Untersuchte mit Aussicht auf Erfolg vor dem Schwurgerichte angeklagt werden könne oder nicht; vor dem Schwurgerichte wird in vollem Sinne wesentlich nur nochmals mündlich wiederholt oder vorgetragen, was bereits und nicht selten besser und vollständiger in den Untersuchungsacten enthalten ist. Das zürcherische Strafverfahren beruht alles Scheines des Gegentheils ungeachtet demnach heute noch auf der Inquisitionsmaxime nicht allein, sondern zugleich auf dem Grundsatze der Schriftlichkeit. Zur Bestätigung der schlechthin inquisitorischen Natur und Einrichtung des neuen zürcherischen Strafverfahrens könnten fast jeder Paragraph des Gesetzes betreffend das Strafverfahren, besonders die Vorschriften über die Hausdurchsuchung, die Beschlagnahme der Beweisstücke, den Augenschein, die Vernehmung der Zeugen und des Angeschuldigten mitgetheilt werden; einige Paragraphen der letztern Titel des Gesetzes werden genügen:

§ 76: „Die Untersuchungsbehörde soll alle beweglichen Gegenstände, welche zur Entdeckung der Wahrheit beitragen können, wie z. B. Werkzeuge, welche zur Verübung der That gedient haben oder dazu bestimmt waren, Sachen, welche durch die That ihre Form erhalten zu haben scheinen oder sich als Gegenstände der That herausstellen oder Spuren an sich tragen, die auf den Thäter hinweisen, in Beschlag nehmen.“

§ 79: „Es sollen alle Papiere, welche unmittelbar auf das in Frage liegende Verbrechen oder Vergehen sich beziehen und in Fällen, in denen es sich um Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses handelt, überdieß alle Urkunden sowohl als Rechnungs- und Bucheinträge, welche dasselbe betreffen, durch die Untersuchungsbehörde zu den Acten erhoben werden.“

§ 80: „Eine Durchsuchung der im Besitze des Angeschuldigten befindlichen Papiere ist nur gestattet, wenn zu vermuthen ist, daß Schriften, welche nach der Vorschrift des vorgehenden Artikels zu den Acten zu erheben sind, sich darunter befinden. Im Besitze dritter Personen befindliche Papiere dürfen nur dann durchsucht werden, wenn Gründe vorhanden sind, anzunehmen, daß dadurch Beweise für den Thatbestand des Verbrechens oder für die Ueberführung des Thäters erhältlich sein werden, und wenn diese Verdachtsgründe nach einer Vernehmung des Besitzers nicht als beseitigt zu betrachten seien."

§ 83: „Wenn sich Papiere oder irgend welche Gegenstände, die zur Entdeckung der Wahrheit führen können, in den Händen einer bei dem Verbrechen nicht betheiligten Person befinden, so ist dieselbe vorerst zur Ablieferung dieser Gegenstände aufzufordern, und nur, wenn sie dieser Aufforderung nicht gehorcht, oder mit Grund zu besorgen ist, daß eine solche vorläufige Aufforderung zur Unterdrückung der Wahrheit führen könnte, soll zu einer Hausdurchsuchung geschritten werden. Die Beseitigung solcher Papiere oder Gegenstände ist, wenn sie nicht unter den Begriff der Begünstigung fällt, mit einer Polizeistrafe bis auf 150 Frk., womit höchstens sechs Wochen Gefängniß verbunden werden kann, zu belegen."

§ 84: „Die Untersuchungsbehörde ist berechtigt, Briefe, welche an den Angeschuldigten gerichtet sind oder von ihm ausgehen, auf der Post in Beschlag zu nehmen. Ohne Zustimmung des Angeschuldigten darf ein solcher Brief nicht geöffnet werden, außer wenn aus guten Gründen zu vermuthen ist, daß derselbe von einem Mitschuldigen herrühre oder an einen solchen gerichtet sei oder sonst Aufschlüsse enthalte, die für die Untersuchung von Bedeutung sind. Gegen den Entscheid der Untersuchungsbehörde kann der Angeschuldigte an die Criminalabtheilung des Obergerichtes recurriren, welche letztinstanzlich über die Zulässigkeit der Eröffnung des Briefes zu erkennen hat."

§ 126: „Als Zeugen sind alle Personen vorzuladen und abzuhören,

welche von der Polizeibehörde (§ 8), den Polizeiangestellten, dem Geschädigten oder dem Angeschuldigten der Untersuchungsbehörde oder dem Gerichte benannt werden. Doch können der Geschädigte und der Angeschuldigte oder deren Anwälte angehalten werden, wenigstens summarisch die Punkte zu bezeichnen, über welche ihre Zeugen vernommen werden sollen, und wenn sich ergibt, daß diese Punkte unerheblich sind, oder daß die Abhörung von Zeugen verlangt wird, von denen bereits bekannt ist, daß sie über die Sache Nichts wissen, oder wenn überhaupt Mißbrauch von dem Rechte, Zeugen vorladen zu lassen, gemacht werden will, so werden nur diejenigen vorgeladen, deren Abhörung als angemessen erscheint. Die nicht vorgeladenen Zeugen sind (vorbehalten die Bestimmungen der §§ 219 und 241) gleichwohl abzuhören, wenn sie freiwillig oder auf Einladung des Angeschuldigten oder Geschädigten vor der Untersuchungsbehörde oder dem Gerichte erscheinen. Die Untersuchungsbehörde kann von Amts wegen Zeugen vorladen, deren Abhörung ihr nützlich zu sein scheint. Die gleiche Befugniß steht auch für das Hauptverfahren den Gerichtspräsidenten zu."

§ 127: „Der Angeschuldigte ist vorerst (durch den Untersuchungsrichter oder durch den Gerichtspräsidenten) über seinen Namen, sein Alter, seinen Wohnort, seine Heimat, seinen Beruf und seine Familienverhältnisse, so wie auch darüber, ob er schon früher in Untersuchung gezogen und bestraft worden sei, zu befragen."

§ 128: „Dem Angeschuldigten ist die strafbare Handlung, welche ihm zur Last gelegt wird, im Allgemeinen zu bezeichnen. Er ist zu veranlassen, sich über die den Gegenstand der Anschuldigung bildenden Thatsachen zu äußern. Die weitere Befragung ist auf die Ergänzung der dießfälligen Erzählung und auf die Beseitigung etwaiger Dunkelheiten und Widersprüche zu richten."

§ 129: „Die Ergebnisse der Zeugeneinvernahmen, denen der Angeschuldigte nicht persönlich beigewohnt hat, sind demselben im Zusammenhange vollständig und genau mitzutheilen, und er ist zu veran-

lassen, sich über dieselben zu erklären. Das Gleiche gilt auch von Protokollen, Expertengutachten u. s. w., die zu den Acten erhoben werden."

§ 134: „Um den Angeschuldigten zu Geständnissen zu bewegen, dürfen weder Versprechungen oder Vorspiegelungen, noch Drohungen oder Zwangsmittel angewendet werden."

Alle diese Bestimmungen sind nicht entfernt englisch, gehören nicht dem Anklage-, sondern dem reinen Untersuchungsverfahren, dem Verfahren von Staats wegen an. In einem unauflöslichen Widerspruche mit jenen Bestimmungen, mit dem Verfahren von Staats wegen steht es nun aber, daß nach § 11 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren die Gerichte dennoch das Hauptverfahren von Amts wegen unter keinen Umständen veranlassen dürfen und hiezu an die Anklage derjenigen Beamten gebunden sind, welche zufolge § 7 desselben Gesetzes im Hauptverfahren die Anklage im Namen des Staates zu führen beauftragt sind; also es soll von Staats wegen ein jedes Verbrechen untersucht und bestraft werden, und der Staat, die Gerichte des Staates sollen dessen ungeachtet nicht bestrafen dürfen, wenn die vom Staate zur Anklage angestellten Beamten, resp. bei den an das Schwurgericht gehörenden Verbrechen der Staatsanwalt keine Anklage eingereicht haben. Der Staat wird sich und seine Interessen wohl nicht einem einzigen Beamten unterordnen, im Gegentheil allen seinen Beamten die Wahrung und Geltendmachung dieser Interessen aufgeben, damit sie desto sicherer und vollkommener erreicht werden. In dem Cantone Zürich wollte man **vermuthlich** auch bloß die Vorschrift des § 63 des frühern Gesetzes über die Strafrechtspflege [1]) in seinem Grundgedanken beibehalten und

---

[1]) § 63: „Der Staatsanwalt entwickelt mündlich oder schriftlich und nach den Acten die Thatsachen, die vorhandenen Beweise, er würdigt die Strafbarkeit des Verbrechens, und trägt im Interesse des öffentlichen Wohls auf die angemessene Strafe an, welches letztere immer vermittelst Vorlegung eines nach Vorschrift des Art. 75 abzufassenden Antrages zu einem Endurtheile geschehen soll."

nur vorschreiben, daß bei der Schluß- oder Hauptverhandlung für den Staat ein förmlicher Ankläger auftreten, — die Ergebnisse der durch die Staatsbehörden, resp. das Untersuchungsgericht betriebenen Untersuchung in der Form einer Anklage durch einen besonders dazu bestimmten Beamten dem urtheilenden Gerichte vorgelegt werden sollen. Der öffentliche Ankläger, der Staatsanwalt muß also nach geschlossener Untersuchung vermöge seines Amtes die Anklage stellen und kann dieselbe nicht nach seinem Gutdünken unterlassen; das ganze Verfahren ist und bleibt inquisitorisch, obwohl die Schlußverhandlung in der Form von Anklage und Vertheidigung, mit förmlichen Parteiverhandlungen stattfindet. Weil dem Staatsanwalte die Parteirolle des öffentlichen Anklägers zugetheilt ist, der Staatsanwalt den Staat als Partei vertritt und zwischen ihm und dem Angeschuldigten ein ganz selbstständiges, jedoch immer die Strafgerechtigkeit erstrebendes Parteiverfahren vor dem Richter erfolgen soll, hat man in der Wissenschaft und Gesetzgebung mit der parteiischen Stellung des Staatsanwaltes es unverträglich erklärt, daß der Staatsanwalt selbst die Untersuchung, welche unbefangen und im Interesse der Gerechtigkeit gleichmäßig den Schuld- und Unschuldbeweis, die Anklage und die Vertheidigung zu beachten hat, führe, und hat daher gefordert, daß alle eigentliche Untersuchungshandlungen durch den unparteiischen Richter, durch einen besondern Untersuchungsrichter vorgenommen werden sollen. Daß der Staatsanwalt nur öffentlicher Ankläger und nicht auch (Haupt-) Untersuchungsbeamter sein solle, hat wissenschaftlich besonders Biener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, Heft II, S. 97 ff. zu begründen gesucht, namentlich in Rücksicht darauf, daß Theilung der Arbeit überhaupt zweckmäßig und der Abwendung subjectiver Einseitigkeit, also der Gerechtigkeit förderlich sei. Unter den Gesetzgebungen hat z. B. die österreichische Strafproceßordnung vom 17. Jenner 1850 im Wesentlichen der Staatsanwaltschaft eine gleich beschränkte Stellung ertheilt und besonders ist deren Stellung in der Voruntersuchung also bestimmt:

§ 94: „Der Staatsanwalt hat alle über Verbrechen oder Vergehen an ihn gelangenden Anzeigen, welche er für erheblich erachtet, so wie die zu seiner Kenntniß kommenden Beweismittel dem Untersuchungsrichter mitzutheilen und zugleich die geeigneten Anträge zu stellen. Er hat auch zur Entdeckung unbekannter Thäter durch Erforschung dahin führender Anzeigungen mitzuwirken."

§ 95: „**Untersuchungshandlungen nimmt der Staatsanwalt selbst bei sonstiger Richtigkeit nicht vor.** Er ist jedoch berechtigt, Personen, welche Aufklärung über begangene Verbrechen oder Vergehen zu ertheilen im Stande sein dürften, vorläufig und unbeeidigt durch Bezirkseinzelrichter oder in deren Abwesenheit oder Verhinderung auch durch Beamte der Sicherheitsbehörden in seiner Gegenwart vornehmen zu lassen. Außerdem kann er in dringenden Fällen in Abwesenheit des Untersuchungsrichters oder seines Stellvertreters Augenschein, Haussuchung und andere Untersuchungshandlungen durch Bezirkseinzelrichter oder Beamte der Sicherheitsbehörden vornehmen lassen, und denselben auch selbst beiwohnen. In allen diesen Fällen sind die aufgenommenen Protokolle unverweilt dem Untersuchungsrichter mitzutheilen, welcher deren Form und Vollständigkeit zu prüfen und nöthigenfalls die Wiederholung oder Ergänzung der Verhandlung zu bewirken hat."

§ 96: „Der Staatsanwalt darf dagegen bei der förmlichen Vernehmung des Angeschuldigten oder der Zeugen durch den Untersuchungsrichter nicht gegenwärtig sein. Er ist aber berechtigt, dem Augenschein, einer Haussuchung und der Durchsuchung von Papieren beizuwohnen und die Gegenstände zu bezeichnen, auf welche diese Untersuchungshandlungen auszudehnen sind. Der Untersuchungsrichter soll den Staatsanwalt zu diesem Behufe in der Regel von der Vornahme dieser Handlungen im Voraus benachrichtigen, kann sie aber auch, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, ohne vorausgegangene Verständigung desselben vornehmen" [1]).

---

[1]) Bei Häberlin, Sammlung der neuen deutschen Strafproceßordnungen, S. 110.

Die preußische Verordnung vom 3 Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschwornen in Untersuchungssachen [1]) enthält verwandte Bestimmungen über die Rechte der Staatsanwaltschaft und namentlich verfügt deren § 7, daß der Staatsanwalt Untersuchungsverhandlungen, Verhaftungen oder Beschlagnahmen, wenn nicht Gefahr im Verzuge obwaltet und der Fall der Ergreifung auf frischer That vorliegt, nicht selbst vorzunehmen, sondern solche nach Umständen entweder bei der Polizeibehörde oder bei dem betreffenden Gerichte zu beantragen habe. Dabei ist jedoch der Staatsanwalt befugt, allen polizeilichen und gerichtlichen Verhandlungen, welche Gegenstände seines Geschäftskreises betreffen, beizuwohnen, mit dem Beamten, welcher die Verhandlung zu führen hat, in unmittelbare Verbindung zu treten, und seine Anträge und Mittheilungen zur Förderung des Zweckes der Untersuchung an diesen Beamten zu richten.

In fast allen neuern deutschen Strafproceßordnungen ist die Staatsanwaltschaft mit Hinsicht auf die Untersuchungsführung ähnlich gestellt, weßhalb einfach auf jene verwiesen werden darf. Diese Ansichten der deutschen Wissenschaft und Gesetzgebungen über die Uebertragung der Untersuchung an eigene, von der Staatsanwaltschaft getrennte Untersuchungsrichter sind in § 4 des neuen zürcherischen Gesetzes betreffend das Strafverfahren mit den Worten anerkannt und niedergelegt: „Sobald der objective Thatbestand des Verbrechens genügend festgestellt ist und mit Bezug auf den subjectiven Thatbestand die nöthigen sichernden Verfügungen getroffen sind, sollen (von den Gemeindeammännern, den Statthaltern und der Staatsanwaltschaft) die Acten dem competenten Gerichte zur Durchführung der Untersuchung übermittelt werden. Diese Uebermittelung soll in Fällen, in welchen Jemand verhaftet ist, innerhalb vier, in allen übrigen Fällen innerhalb zehn Tagen stattfinden." Mit den gleichen deutschen Ansichten, d. h. mit

[1]) Bei Häberlin, a. a. O., S. 194 ff.

dem Inquisitionsverfahren hängt § 8 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren zusammen, insofern darin gesagt wird, daß der Beamte, dem nach § 7 die Führung der Anklage im Hauptverfahren obliegt, während der Voruntersuchung allen Verhandlungen beiwohnen und von allen Acten Einsicht nehmen, auch geeignete Anträge stellen könne, auf welche richterliche Verfügung oder Schlußnahme folgen müsse §§ 4 und 7 des neuen Gesetzes sind nämlich die zusammengeschrumpften §§ 17, 18, 19, 20, 21, 26, 27 [1]), 28 [2]), 50, 51 [3]) und 52 [4]) des frühern organischen Gesetzes über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831 und wären noch besser ganz weggelassen worden, indem dann ein Widerspruch weniger im neuen Gesetze vorhanden wäre. Die bezirks- und criminalgerichtlichen Untersuchungsrichter waren früher wirklich selbstständig und unabhängig, jetzt sind sie in Folge des § 11 des neuen

---

[1]) § 27: „Gemeindeammänner, Statthalter und Staatsanwalt sollen in allen Fällen sich auf die dringend nothwendigen Maßregeln beschränken, und die Ueberweisung an das betreffende Gericht jederzeit mit möglichster Beförderung vornehmen, namentlich soll Dasjenige, wo keine Gefahr im Verzug ist, der gerichtlichen Untersuchung vorbehalten bleiben."

[2]) § 28: „Hat eine Verhaftung stattgefunden, so sollen die Vollziehungsbehörden innert zweimal 24 Stunden den Fall an das betreffende Gericht weisen oder wenigstens dem Gericht von der Verhaftung Anzeige machen."

[3]) § 51: „Dem Staatsanwalt steht frei, allen Verhören und überhaupt allen amtlichen Handlungen des Cantonalverhöramtes beizuwohnen, von den Acten Kenntniß zu nehmen und an das Verhöramt gutfindenden Falls Anträge zu stellen, besonders auch, um den Gang der Untersuchung zu befördern."

[4]) § 52: „An solche Anträge ist zwar das Verhöramt keineswegs gebunden, aber der Staatsanwalt kann dieselben, falls das Verhöramt darauf keine Rücksicht nehmen zu müssen glaubt, dem Criminalgericht zum Entscheid vorlegen."

Gesetzes, wornach das Gericht das Hauptverfahren unter keinen Umständen von Amtes wegen veranlassen soll oder die Statthalterämter und die Staatsanwaltschaft durchaus eine Anklage stellen müssen und beliebig nicht stellen können, die bloßen machtlosen Diener und Gehülfen der Statthalterämter und der Staatsanwaltschaft. Die bezirksgerichtlichen und schwurgerichtlichen Verhörämter mögen in ihren Untersuchungen dieses oder jenes Vergehen und Verbrechen vollständig ermittelt haben, die Ermittelung ist umsonst und das Vergehen oder Verbrechen darf nicht einmal zur Beurtheilung gebracht werden, wenn das Statthalteramt oder die Staatsanwaltschaft, resp. die nach § 7 des neuen Gesetzes betreffend das Strafverfahren zur Stellung der Anklage berufene Behörde erklärt, sie stelle keine solche oder lasse dieselbe nunmehr fallen. Wenn auf solche Art die Einleitung des Hauptverfahrens einzig und allein von dem Willen der Statthalter und der Staatsanwaltschaft abhängt und diese letztern unbedingt beurtheilen, welche Folgen eine geführte Untersuchung durch Erhebung oder Nichterhebung der geeigneten Anklage haben solle, ist es gewiß angemessener, die ganze Vor- und Hauptuntersuchung den Statthaltern und der Staatsanwaltschaft zu übergeben, anstatt dabei die Bezirksgerichtspräsidenten und die Anklagecommission des Obergerichtes insofern zu leeren Figuranten zu machen, als dieselben nach §§ 18 und 19 des neuen Gesetzes betreffend das Strafverfahren zwar wohl über die Zulässigkeit des Strafverfahrens, über die Anhandnahme der beantragten Untersuchung einen Entscheid zu fassen, jedoch durch späteres Nichtstellen der Anklage oder durch Fallenlassen der schon gestellten Anklage es allein den Statthaltern und der Staatsanwaltschaft freigegeben ist, das eingeleitete und durchgeführte Untersuchungsverfahren zu einem Hauptverfahren aufzunehmen oder ganz oder theilweise niederzuschlagen. Diese Uebermacht der Statthalter und der Staatsanwaltschaft einerseits, so wie die Ohnmacht der Bezirksgerichtspräsidenten und der Anklagecommission mit Inbegriff der Verhörämter andererseits sind gleich tadelnswerth und gefährlich, so daß

schlechterdings und baldigst der frühere Zustand wiederhergestellt und das Gericht, der Bezirksgerichtspräsident und die Anklagecommission auch berechtigt erklärt werden müssen, das Hauptverfahren einzuleiten, eine einmal begonnene und bei ihnen anhängige Untersuchung von Staates wegen und im Interesse des Staates fortzusetzen. Die einfachste Folgerichtigkeit bringt es mit sich, daß eine Behörde, welche über die Zulässigkeit einer Untersuchung zu entscheiden hat, doch auch gehört werden muß, ob die zugelassene Untersuchung zu Ende gebracht werden solle oder nicht; und noch weit anders gestaltet sich dieses, wenn der Grundsatz, daß ein jedes Verbrechen von Staates wegen untersucht und bestraft werden soll, anerkannt und durchgeführt werden will. Aber unklare Grundsatzlosigkeit nach allen Richtungen ist die eigentliche Natur des neuen Gesetzes und dasselbe besteht nur aus äußerlich zusammengenähten verschiedenartigen oder bunten Lappen des bisherigen zürcherischen, des englischen und amerikanischen Rechtes; die größte Unklarheit und Grundsatzlosigkeit ist dadurch entstanden, daß man das Inquisitionsverfahren mit accusatorischer **Form** im Schlußverfahren durchgängig mit dem Accusationsverfahren verwechselt oder für gleichbedeutend genommen und daher mit großer Unschuld die Staats- und Privatklage neben einander gesetzt, den Ankläger von Staats wegen gleich einem Privatankläger behandelt hat. Um dieses Urtheil gerecht zu finden, hat man bloß den § 8 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren zu lesen: „Der Beamte, dem nach § 7 die Führung der Anklage im Hauptverfahren obliegt, kann während der Voruntersuchung allen Verhandlungen beiwohnen und fortwährend von allen Acten Einsicht nehmen, auch geeignete Anträge stellen, auf welche richterliche Verfügung oder Schlußnahme folgen muß. Im Hauptverfahren hat er alle einer Proceßpartei zustehenden Rechte und Pflichten." Der erste Theil dieses Paragraphen enthält einen verstümmelten Satz des frühern zürcherischen Inquisitionsprocesses mit öffentlichem Ankläger, wogegen der zweite Theil desselben nur auf das

reine (englische) Accusationsverfahren ohne öffentlichen Ankläger bezogen werden kann. Der Statthalter und der Staatsanwalt, die öffentlichen Ankläger im Inquisitionsverfahren sind Vertreter der Strafgerechtigkeit und nicht bloße Proceßpartei wie der Privatkläger im Accusationsverfahren, sie haben deßhalb troß der ihnen zugetheilten Rolle des Anklägers das Recht und nicht einseitig die Verurtheilung zu erstreben, wozu auch ausdrücklich sie § 183 des neuen Gesetzes verpflichtet: „Die Ankläger (§ 7) im Besondern sollen bei ihren Vorträgen nicht bloß einseitig Dasjenige herausheben, was den Angeschuldigten beschweren kann, sondern auch das zu dessen Gunsten Sprechende berücksichtigen." § 8 und § 183 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren heben sich somit gegenseitig auf, verhalten sich zu einander, wie das Accusations- und das Inquisitionsverfahren. Uebrigens rühren alle diese Widersprüche keineswegs bloß von einer ungeschickten und wenig durchdachten Abfassung des Gesetzes her, sondern waren durchaus unvermeidlich, sobald auf das zürcherische Inquisitionsverfahren, auf die seit Jahrhunderten entwickelten Einrichtungen des zürcherischen Inquisitionsprocesses einzelne Einrichtungen des englischen Accusationsprocesses gepfropfet werden sollten; man kann ja nicht gleichzeitig von Staats wegen das Verbrechen untersuchen und bestrafen, von Staats wegen die Wahrheit erforschen und nur Gerechtigkeit üben, — und nur strafen wollen, wenn die Parteien klagen und was sie erwiesen haben. Die in jeder Gesetzgebung unentbehrliche Einheit und Folgerichtigkeit der Grundsätze muß daher bei der vorbehaltenen Revision der neuen zürcherischen Gesetze dadurch wiederhergestellt werden, daß man vom ersten Anfange an klar und bestimmt entscheidet, ob das zürcherische Strafverfahren ferner auf der Inquisitionsmaxime ruhen oder nunmehr die Anklagemaxime dafür angenommen werden solle, worauf Alles streng auszuscheiden ist, was nur der fremden und verworfenen Maxime angehört. Die Frage über die Wünschbarkeit der Geschwornen als urtheilender Richter ist dabei nicht entfernt gleich-

bedeutend mit derjenigen, ob das Strafverfahren inquisitorisch oder accusatorisch sein möge, wenn schon historisch das Accusationsverfahren und die Geschwornen als gleich unvollkommene, als der Zeit nach erste oder anfängliche Einrichtungen vielfach zusammentreffen; Inquisitions- oder Accusationsmaxime ist der oberste, alle Einrichtungen gestaltende, durchdringende und belebende Grundsatz des Verfahrens, während die Frage der Geschwornen eine zwar höchst wichtige, doch sehr beschränkte und untergeordnete insofern ist, als sie nur die Eigenschaften, die Wahl der urtheilenden Richter betrifft. Es ist in die wissenschaftlichen Erörterungen seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts oder seit der ersten französischen Revolution und in die daran sich anlehnenden neuen Gesetzgebungen dadurch eine außerordentliche Verwirrung gekommen, daß man die Geschwornen, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens und Anklageverfahren als völlig gleichbedeutende und untrennbare Einrichtungen betrachtete und verlangte, obschon sie es nicht sind, durchaus von einander unterschieden werden müssen und für die Gegenwart eine Einrichtung große Vorzüge, die andere aber unerträgliche Mängel hat. Der Unbefangene, der wahrhaft Rechts- und Volksfreundliche wird das Inquisitionsverfahren mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit und mit der Form der Anklage im Schlußverfahren verlangen, aber unbedingt gegen das wirkliche Accusationsverfahren und die Geschwornen sich erklären, in welchem Sinne auch die ungehemmte Geschichte sich entschieden hat und sicherlich entscheiden wird. Das Accusationsverfahren und die Gerichte mit ungelehrten Richtern (Geschwornen) wären in Deutschland und der Schweiz niemals untergegangen, wenn sie noch zeitgemäß gewesen und innere Lebenskraft besessen hätten; sie jetzt wieder mit papiernen Gesetzen und bloßen Reden aus dem Grabe hervorrufen zu wollen, in dem sie Jahrhunderte lang geschlafen, ist ein eitles Bemühen.

Nicht allein hinsichtlich der Bestimmung der Obliegenheiten des öffentlichen Anklägers, des Staatsanklägers schwankt das neue Gesetz

grundsatzlos zwischen dem Inquisitions= und Accusationsverfahren hin und her, sondern der höchste Widerspruch, die absolute Gegenüberstellung des Inquisitions= und Accusationsverfahrens liegt in § 1 des Gesetzes, daß alle Verbrechen und Polizeiübertretungen im Namen des Staates verfolgt werden sollen, auch wenn keine Klage oder Aufforderung von Seite einer beleidigten Privatperson vorliegt, und § 9, wornach der Geschädigte von sich aus und obschon und weil der Staat und seine Beamten ein Verbrechen oder eine Polizeiübertretung nicht verfolgen wollen, deren Bestrafung betreiben darf. Ist es möglich, in einem und demselben Gesetze zwei widersprechendere oberste Grundsätze aufzustellen, welche durch das gleiche Verfahren verwirklicht werden sollen? Man müßte für die Wahrheit das rechte Wort nicht mehr wählen dürfen, wenn man ein derartiges Gesetzgeben anders als ein gedankenloses und widersinniges nennen würde. Der öffentliche Ankläger entstand und besteht, damit kein begangenes Verbrechen ununtersucht und unbestraft bleibe und im Interesse der Gerechtigkeit, des Staates die Untersuchung und Bestrafung auch dann eintrete, wenn der verletzte Private nicht klage; die Staatsanklage ersetzt und ergänzt also nicht bloß die Privatanklage, sondern bezweckt die unbedingte Erreichung der Strafgerechtigkeit. Neben dem öffentlichen Ankläger ist ein Privatankläger überflüssig und unzulässig, das Letztere, weil der Staat seine Interessen selbst vertreten muß und ihre Wahrung nicht dem Gutdünken des Verletzten überlassen darf; dieselben Gründe, welche einen öffentlichen Ankläger geschaffen haben und nothwendig machen, schließen den Privatankläger aus. Dennoch soll der Privatankläger nach dem zürcherischen Gesetze dann auftreten können, wenn ein öffentlicher Ankläger fehlt oder nicht auftreten will. Sind hinreichende Veranlassungen zur Einleitung einer Untersuchung wegen eines begangenen Verbrechens gegeben, worüber nach § 10 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren im Falle einer eingereichten Privatanklage das zuständige Gericht und bei schwurgerichtlichen Sachen

die Anklagecommission einen besondern Beschluß zu erlassen hat, dann sollte der öffentliche Ankläger handeln und die Pflichten seines Amtes erfüllen, zumal ja sonst die eine Staatsbehörde das Verbrechen untersucht und eine andere behauptet, es sei keines begangen worden, oder doch sich nicht um dessen Begehung bekümmert. Unter allen Umständen sind aber dem Privatankläger ganz dieselben Rechte und Pflichten beizulegen, welche der öffentliche Ankläger gesetzlich hat, indem die bei der Verfolgung der Verbrechen zu beobachtenden Vorschriften doch nothwendig allgemeingültige sein müssen und nicht verschieden sein können, je nachdem ein öffentlicher Ankläger oder ein Privatankläger die Verfolgung anregt und betreibt. Auch der Privatankläger sollte sonach im Namen des Staates klagen, wie er in England es im Namen des Königs thut [1]); ferner sollte in analoger Anwendung des § 8 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren der Privatankläger während der Voruntersuchung allen Verhandlungen beiwohnen und fortwährend von allen Acten Einsicht nehmen, auch geeignete Anträge stellen können, worauf richterliche Verfügung oder Schlußnahme folgen muß; endlich sollte er im Hauptverfahren gleich dem Staatsanwalte handeln, laden lassen, einvernehmen u. s. w. und besonders auch die Anklage, den Strafantrag beliebig stellen oder fallen lassen können (Mittermaier, a. a. O., S. 318 ff.). Das Gesetz hat es übersehen, die Stellung und Rechte des Privatanklägers gehörig zu ordnen, und eine Gerichtsübung konnte sich noch nicht ausbilden, indem die Privatanklagen glücklicher Weise sehr selten sind. Nur ein einziger obergerichtlicher Beschluß vom 17. December 1853 [2]) kann hervorgehoben werden, da er beweiset, wie wenig man die Privatstrafklage in dem Geiste des Accusationsverfahrens zu behandeln verstehe und stets wieder auf das Inquisitions-

---

[1]) Glaser, a. a. O., § 60; Stephen, Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens, S. 563 ff.

[2]) Diese Zeitschrift, Bd. XIX, S. 21.

verfahren zurückkomme; nach jenem Beschlusse soll nämlich der Staatsanwalt vor dem Schwurgerichte den Strafantrag stellen, nachdem der Angeklagte auf die Privatklage eines Geschädigten hin schuldig erklärt worden. Dieser Beschluß ist von dem Standpunkte des Inquisitionsverfahrens aus durchaus nicht zu tadeln, aber dieser Standpunkt sollte noch weiter dahin führen, daß man die ganze Privatanklage ausschließt oder die Staatsanwaltschaft zu klagen verpflichtet, sobald die Anhandnahme einer Privatanklage von dem Gerichte beschlossen und also erkannt ist, es sei Grund zu einer Untersuchung vorhanden. Jedenfalls ist es kaum zu rechtfertigen, daß, während die Staatsbehörden ein Verbrechen nicht annehmen oder doch nicht verfolgen zu sollen glauben, dann doch der Geschädigte im Namen des Staates die Handlung als Verbrechen bezeichnen und anklagen darf; gegen wen als Verbrecher der Staat im allgemeinen Interesse einzuschreiten sich nicht berufen erachtet, sollte eben dadurch gegen die strafrechtlichen Angriffe des Einzelnen gesichert sein.

6. Das frühere Criminal- und Obergericht als beständige Gerichte konnten die Angeschuldigten schneller beurtheilen.

Zu den Scheingründen, womit bei dem unerfahrnen Volke die Einführung der Geschwornen vertheidigt zu werden pflegt, gehört auch, daß dadurch das Verfahren beschleunigt und der Untersuchungsverhaft abgekürzt werde, was durchaus unrichtig und dessen Gegentheil vielmehr wahr ist. Das Verfahren kann und soll ja ganz das gleiche sein, ob das Schuld- und Strafurtheil von einem beständigen Gerichte oder von Geschwornen ausgefällt wird, weßhalb es keinen Sinn und keine Wahrheit hat, zu behaupten, daß bei einem beständigen Gerichte die Untersuchungen und Verhaftungen länger andauern; umgekehrt wird das Letztere nothwendig bei den Geschwornen eintreten, weil die Geschwornen nicht immer versammelt sind, nur in größern Zwischenräumen einberufen werden und also die jedesmalige Zeit von dem Schlusse einer Untersuchung bis zur Eröffnung der Schwurgerichtssitzung als eine Ver-

längerung der Untersuchung und des Verhaftes hinzukommt, wie dieses überall und auch in dem Cantone Zürich beobachtet werden kann. In England werden laute Klagen über die Nachtheile und Zögerungen geführt, welche aus der Einrichtung, daß nur zu gewissen Zeiten die Sitzungen der Geschwornen abgehalten werden, für die Angeschuldigten entstehen [1]). Um in dem Cantone Zürich die verhafteten Angeschuldigten nicht ungerecht leiden zu lassen, muß nun das Schwurgericht in sehr vielen Fällen einen Theil der verhängten Strafe, vierzehn Tage, einen Monat, zwei Monat und noch mehr, als durch den unverschuldeten Untersuchungsverhaft bereits erstanden erklären. Bei dem frühern Verfahren kam dieses in der Gestalt nicht vor, da die einmal beendigte Untersuchung von dem Criminalgerichte, das wöchentlich zwei bis drei Sitzungen hielt, rasch beurtheilt wurde. Wenn jetzt die Untersuchungen an sich vielleicht etwas schneller durchgeführt werden als vormals, hat dieß mit den Geschwornen keinerlei Zusammenhang, weil durch sie oder vor ihnen keine Untersuchungshandlungen vorgenommen werden und das Untersuchungsverfahren mithin ohne Geschworne beliebig beschleunigt und verbessert werden mochte. Es ist nur zu verwundern, daß man in dem Cantone Zürich unter den Vortheilen des neu eingeführten Geschwornengerichtes nicht auch schon den aufgezählt hat, daß in Folge der Abhaltung des Schwurgerichtes bald zu Zürich, bald zu Winterthur (und Pfäffikon) jetzt jeder Verbrecher an dem Orte, resp. in der Gegend beurtheilt werde, wo er das Verbrechen begangen. Um nämlich in allen Stücken dem großen England zu gleichen, wo die fünfzehn Oberrichter von Grafschaft zu Grafschaft reisen und die Assisensitzungen über die dort befindlichen Verbrecher abhalten [2]), läßt man in dem Cantone Zürich auf eine wirklich lächerliche Weise die Richter von Zürich nach Winterthur (und Pfäffikon), d. h. nach einem vier

---

[1]) Mittermaier, a. a. O., S. 294.

[2]) Derselbe, a. a. O., S. 400 ff.

Stunden entfernten Städtchen (oder Dorfe) wandern **und ihnen dahin die Verbrecher mit den Untersuchungen nachführen.** Als ob das Leben die neue Erfindung der zürcherischen wandernden Lordoberrichter recht verhöhnen wollte, trifft es sich dabei gewöhnlich, daß die im Bezirke Winterthur und in den angrenzenden Bezirken verübten Verbrechen in der Schwurgerichtssitzung zu Zürich zur Beurtheilung kommen und umgekehrt, indem man eben für die einzelnen Schwurgerichtssitzungen die zu beurtheilenden Verbrecher gar nicht nach dem Orte der begangenen That, sondern nach der geschlossenen Untersuchung auswählt und auswählen muß. Natürlich haben dann auch die Geschädigten, die Zeugen und Sachverständigen von Zürich und dessen Umgebung nach Winterthur und diejenigen von dort nach Zürich zu ziehen, was man Alles sogar als Vortheil der Decentralisation der Criminaluntersuchungsbehörden zu preisen sich nicht scheuet. *Mundus vult decipi!*

Schlußbemerkung.

Diese Abhandlung entsprang der reinsten Absicht und enthält nicht ein Wort, wovon der Verfasser nicht die volle Ueberzeugung in sich trägt; dennoch aber mußte der Verfasser sich unedle Beweggründe untergeschoben sehen. Einstens hört die politische Verblendung gewiß auf und die juristische Wahrheit wird eher sich Bahn brechen, daß es für den Unschuldigen besser sei, von rechtsgelehrten Richtern, für den Schuldigen aber, von Geschwornen gerichtet zu werden [1]).

---

[1]) Tittmann, die Stellung der Geschwornen zu den rechtsgelehrten Richtern, Dresden 1849, S. 32.

XL.

Ueber das Recht des in eine Untersuchung Gezogenen, daß durch förmliches Urtheil über seine Schuld oder Nichtschuld entschieden werde.

Rechtsgutachten der juristischen Facultät der Universität Zürich in Sachen des Herrn Andreas Klingenfuß zu Unterhallau.

Durch Zuschrift, datirt Unterhallau den 6. April 1854, wendet sich Herr Andreas Klingenfuß von Unterhallau, Cantons Schaffhausen, an die juristische Facultät der Universität Zürich und ersucht dieselbe, „weil er im November 1851 in eine Criminaluntersuchung gezogen, während 39 Tagen in Verhaft gehalten und dann ohne Urtheil entlassen worden sei", um eine rechtliche Begutachtung der Fragen:

1) „Kann ich nach den Gesetzen des hiesigen Cantons verlangen, daß ich durch gerichtliches Urtheil entweder freigesprochen, von der Instanz entbunden oder schuldig erklärt werde?" oder

2) „muß ich mich damit begnügen, einfach aus der Untersuchungshaft entlassen worden zu sein?" oder endlich

3) „kann ich, wenn ich auch kein gerichtliches Urtheil erhalten kann, auf Entschädigung für ökonomische Nachtheile klagen, welche mir die Untersuchung zuzog?"

Der genannten Zuschrift sind als Beilagen hinzugefügt:

1. Copie eines Schreibens des Petenten an das Appellationsgericht des Cantons Schaffhausen vom 22. März 1852;
2. Copie eines Schreibens des Petenten vom 28. April 1852;
3. Copie eines Schreibens an das Obergericht vom 11. September 1852;
4. Signatur des Obergerichtes vom 20. September 1852;
5. Copie einer Eingabe an das Obergericht vom 23. October 1852;

6. Signatur des Obergerichtes vom 27. October bis 12. November 1852;
7. Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrathes vom 15. December 1852;
8. Copie einer Eingabe an das Cantonsgericht vom 29. December 1852;
9. Signatur des Cantonsgerichtes vom 10. März 1853;
10. Copie einer Eingabe an das Obergericht vom 19. März 1853;
11. Beschluß des Obergerichtes vom 6. Mai 1853;
12. Copie einer Petition an den Großen Rath vom 21. Juni 1853;
13. Signatur des Großen Rathes vom 7./16. November 1853;
14. Signatur des Regierungsrathes vom 26./28. Januar 1854;
15. Verfassung des Cantons Schaffhausen vom Jahr 1852;
16. Ein Band Gesetze vom Jahr 1831 bis 1835;
17. Ein Heft Gesetze vom November 1846 bis und mit Juni 1849.

Weiter ist vom Petenten, um dieser Facultät die Beantwortung der gestellten Fragen zu ermöglichen, ein geschichtliches und gesetzliches Material in der obgenannten Zuschrift dargeboten; die in den Händen der resp. Gerichtsbehörden befindlichen Acten über die gegen Herrn Andreas Klingenfuß anhängig gewesene Untersuchung sind uns dagegen nicht mitgetheilt worden. Es ist nothwendig, dieses hier hervorzuheben, um die sachliche Basis zu bezeichnen, auf welcher das folgende Gutachten steht, und indem diese Facultät keinen Anstand nimmt, dem Wunsche des Gesuchstellers zu entsprechen, hält sie sich fern von der Schätzung solcher Thatsachen und Vornahmen der Behörden des Cantons Schaffhausen, für deren Beurtheilung ihr der objective Maßstab fehlt.

Die von dem Petenten gegebene geschichtliche Darstellung der Vorgänge, welche ihn veranlaßt haben, sich mit dem obgenannten Gesuche an diese Facultät zu wenden, enthält wesentlich Folgendes:

In der Nacht vom 10. auf den 11. November 1851 wurde die Wittwe Barbara Gasser von Unterhallau in ihrer Wohnung so

gefährlich verwundet, daß man anfänglich und während mehrerer Tage befürchtete, sie werde an den Folgen der Verwundung sterben. Das Cantonalverhöramt eröffnete eine Untersuchung wegen Mordversuchs, und schon am 11. November wurde Andreas Klingenfuß, Metzger von Unterhallau, Schwiegersohn des alt Präsidenten Rahm daselbst, in dessen Hause die Barbara Gasser wohnte, in die Untersuchung gezogen. Er wurde zu der Verwundeten geführt und vom Verhöramt befragt, ob er Nichts über die Thäterschaft wisse; es wurden seine Schuhe mit den Spuren des muthmaßlichen Verbrechers verglichen; sein Gesicht wurde vom Arzte untersucht, weil die Verwundete angegeben hatte, dem Verbrecher das Gesicht zerkratzt zu haben In seiner Wohnung wurden gleichfalls seine Kleider, Schuhe und Stiefel untersucht, seine Metzgermesser gezählt und sein Taschenmesser ihm abgenommen. Am Abend dieses Tages wurde er entlassen; auf die Anzeige der Frau Barbara Gasser jedoch, daß er der Thäter sei, wurde er am 18. November vor das Verhöramt in Schaffhausen citirt und nach bestandenem Verhör der Untersuchungshaft übergeben, in welcher er 39 Tage bleiben mußte, sodann aber, als die Untersuchung nichts Nachtheiliges für ihn ergeben hatte, einfach entlassen.

Andreas Klingenfuß beabsichtigte nun, nach Amerika auszuwandern, und verkaufte daher den größten Theil seiner Liegenschaften mit großem Verluste; er wollte aber den Continent nicht eher verlassen, bis er ein gerichtliches Urtheil erhalten haben würde. Der Aufenthalt in Unterhallau war ihm verleidet, weil ihn fast Jedermann der langen Untersuchungshaft wegen für höchst verdächtig ansah. Er entschloß sich daher vorläufig zu einer Reise nach Havre, zu welchem Behuf ihm die Polizei, nach vorausgegangener Vernehmung der Staatsanwaltschaft, den nöthigen Ausweis ertheilte. Zuvor bat er aber in einer Eingabe vom 22. März 1852 das Appellationsgericht, das Verhöramt zu veranlassen, die Untersuchungsacten an das Cantonsgericht zu übermachen und dieses anzuweisen, auf Grundlage der erhobenen Acten über seine

Schuld oder Unschuld ein Urtheil zu fällen (siehe Beil. 1). Bei seiner Abreise nach Havre übertrug er die Besorgung seiner Angelegenheiten dem Geschäftsagenten Russenberger in Schaffhausen.

Mittlerweile wurden die Acten durch die Staatsanwaltschaft der hohen Regierung des Cantons Schaffhausen zugestellt und von dieser wurde, auf Antrag der Staatsanwaltschaft, erkannt: „es sei kein Grund vorhanden, gegen ihn eine Untersuchung einzuleiten"; auch wurde die vom Verhöramte angeordnete Retention seiner Legitimationsschriften aufgehoben.

Am 28. April erneuerte der Agent Russenberger das Gesuch seines Mandanten vom 22. März um Anweisung des Cantonsgerichtes zur gerichtlichen Beurtheilung der Sache (Beil. 2). Dieses Gesuch hatte nicht den erwarteten Erfolg.

Im September 1852 kehrte Andreas Klingenfuß wieder nach Unterhallau zurück und wandte in einer Zuschrift vom 11. September desselben Jahres sich an das Obergericht mit der Bitte um schleunige Erledigung seiner Angelegenheit (Beil. 3).

Am 20. September 1852 beschloß das Obergericht,

in Betrachtung:

1) Daß die Untersuchung in Ermanglung weitern Stoffes zur Zeit liegen bleiben muß;
2) daß die Untersuchungsacten nur bei der zufälligen Veranlassung der Bitte des Klingenfuß um Herausgabe seiner Legitimationsschriften und nur zur Erledigung dieses Punktes durch das löbl. Fiscalat an die hohe Regierung gelangt sind, dagegen die Ueberweisung derselben in dem Sinne des § 15 des Gesetzes über das Untersuchungsverfahren vom 13. Juni 1849 noch nicht stattgefunden, —

sei:

1. Das löbl. Verhöramt aufzufordern, die Untersuchungsacten nach Vorschrift des § 15 des Gesetzes über das Untersuchungsverfahren dem löbl. Fiscalat zu übermitteln; —

2. Dem Beschwerdeführer Mittheilung dieses Beschlusses zu machen (Beil. 4).

Am 23. October 1852 beschwerte sich Andreas Klingenfuß bei dem hohen Obergerichte, daß das Verhöramt troß der Aufforderung durch das Obergericht noch Nichts an die Staatsanwaltschaft abgegeben habe, und bat um schleunige Abhülfe seiner Beschwerde (Beil. 5).

Hierauf erfolgte aus der Kanzlei des Obergerichtes am 12. November die schon am 27. October beschlossene Antwort des Obergerichtes, dahin lautend: daß die Acten deßhalb noch nicht hätten geschlossen und an das Fiscalat abgegeben werden können, weil ein Zeuge noch nicht habe zur Stelle gebracht werden können, daß aber, nachdem dieser Zeuge sistirt und durch das Verhöramt einvernommen worden sei, die Acten an das Fiscalat abgegeben werden sollten (Beil. 6).

Als darauf die Acten durch die Staatsanwaltschaft an die Regierung gelangt waren, beschloß dieselbe am 15. December 1852:

1. Seien die Acten dem Verhöramte zurückzugeben, bis neue Thatsachen allfällig sich ergeben; —

2. Seien die Kosten einstweilen vom Fiscus zu tragen; —

3. Sei dem Andreas Klingenfuß, Metzger, überlassen, nach Gutfinden zu handeln, wenn er überhaupt glaube, Etwas beanspruchen zu können (Beil. 7).

Nachdem dieser Beschluß dem Andreas Klingenfuß am 27. December 1852 zugekommen war, stellte derselbe am 29. desselben Monats an das Cantonsgericht das Ansuchen um Anordnung einer Tagfahrt zur mündlichen öffentlichen Verhandlung und Vorladung des Staates und der Bärbara Gasser als Beklagte (Beil. 8).

Erst am 10. März 1853 fand sich das Cantonsgericht veranlaßt, „in Sachen des Andreas Klingenfuß, Metzgers von Unterhallau, auf die von Herrn Geschäftsträger Russenberger am 19. Januar dem Gerichte eingelegte Bitte um Satisfaction durch ein freisprechendes Urtheil“ (welche Bitte jedoch von Herrn Russenberger schon am

30. December 1852 dem Herrn Präsidenten des Cantonsgerichtes persönlich überreicht worden war) —

in Betrachtung:

1) Daß bezüglich des Mordversuches an Barbara Gasser, abgeschiedene Deuber, nur eine Voruntersuchung statthatte und Niemand, also auch Klingenfuß nicht, in Anklagezustand versetzt war;

2) daß die hohe Regierung auf den Antrag des Fiscalates beschlossen hat, die Untersuchung zu sistiren, und es nicht Sache des Gerichtes ist, in dieser Sache etwas Anderes zu verfügen, —

zu beschließen:

Auf das Bittgesuch des Klingenfuß nicht einzutreten, sondern ihm zu überlassen, seine Satisfactions- und Entschädigungsklage auf gutfindendem Wege geltend zu machen (Beil. 9).

Ueber diese Abweisung führte Andreas Klingenfuß Beschwerde beim Obergericht am 19. März 1853 und bat um Weisung an das Cantonsgericht, eine Tagfahrt zu gerichtlicher Verhandlung anzuordnen (Beil. 10) Es wurde ihm jedoch vom Obergerichte rescribirt, 6. Mai 1853, daß dem Gesuche, das Cantonsgericht zur Anordnung einer Tagfahrt zu beauftragen, nicht entsprochen werden könne, „weil einmal fragliche Untersuchungsacten von der Staatsanwaltschaft und der hohen Regierung nicht an den Strafrichter überwiesen worden seien" (Beil. 11).

Schließlich wandte sich Andreas Klingenfuß am 21. Juni 1853 an den Großen Rath des Cantons Schaffhausen mit einer schriftlichen Eingabe, die Schlußbitte enthaltend: „es möchten die Gerichte angewiesen werden, auf Grundlage der gepflogenen Untersuchung ein Urtheil für oder gegen ihn zu fällen" (Beil. 12). Hierauf wurde ihm eröffnet, daß der Große Rath über dieses Gesuch zur Tagesordnung geschritten sei, und zwar aus dem Grunde, „daß es sich hier um einen Untersuchungsproceß handle, der kaum eingeleitet, keineswegs aber abgeschlossen, sondern nur im Stadium der Voruntersuchung sistirt

sei, daß daher bei der gegenwärtigen Actenlage ein gerichtliches Urtheil nicht gefällt werden könne, dieß schon aus dem Grunde, weil zur Zeit ein Thäter gar nicht ermittelt sei, und daß es schon an sich nicht zulässig erscheine, die Resultate einer Voruntersuchung durch vorzeitige gerichtliche Anhandnahme der Oeffentlichkeit preis zu geben" (Beil. 13). Der Große Rath erkannte jedoch den Entschädigungsanspruch des Beschwerdeführers wegen Verwickelung in die obgenannte Untersuchung an und beschloß, „es bleibe der Regierung überlassen, den Andreas Klingenfuß billig zu entschädigen". Diesem glaubte der Regierungsrath dadurch zu entsprechen, daß er unterm 26. Januar 1854 eine Entschädigung von 120 Frk., welche bei der Staatscasse zu beziehen seien, festsetzte (Beil. 14). Herr Andreas Klingenfuß hat jedoch diese Entschädigung nicht angenommen.

Es erscheint zweckmäßig, die dieser Facultät gestellten oben genannten Rechtsfragen 1 und 2 zusammen zu behandeln, und es dreht sich die Beantwortung zunächst um die Ermittelung, wie auch der Petent mit Recht hervorgehoben hat, ob gegen ihn nur eine Vor-Untersuchung stattgefunden habe, oder ob schon das Gebiet der Haupt-Untersuchung betreten war. Das Cantonsgericht hat namentlich in seinem Beschluß vom 10. März 1853 (Beil. 9) die Erklärung abgegeben: „daß bezüglich des Mordversuches an Barbara Gasser nur eine Voruntersuchung statthatte und Niemand, also auch Klingenfuß nicht, in Anklagezustand versetzt war". Derselben Ansicht huldigen die übrigen von Klingenfuß angegangenen Behörden bis zum Großen Rath des Cantons Schaffhausen. Dagegen ist Petent der Ansicht, er sei bereits in einer „Specialuntersuchung" wegen des Attentats auf die Barbara Gasser gewesen, wobei er hervorhebt, daß, da die Gesetzgebung von Schaffhausen nicht ausspreche, was unter Voruntersuchung verstanden sei, die gemeinrechtlichen Vorschriften berücksichtigt werden müßten; nach diesen habe in dem gegenwärtigen Falle die Specialuntersuchung begonnen, sobald erhoben war, daß die Barbara Gasser

durch fremde Hand lebensgefährlich verwundet, eine bestimmte Person verhaftet und gegen dieselbe auf Ermittelung der Thäterschaft während der Haft dieser Person direct inquirirt worden sei; und dieses sei hier mit ihm geschehen.

Diese Auffassung einer „Specialuntersuchung" hat viele berühmte Rechtslehrer als Autoritäten für sich und zunächst den alten sächsischen Praktiker, der mehr wie irgend ein Anderer die deutsche Criminalpraxis lange Zeit beherrscht hat, Bened. Carpzov. Allein die Geschichte des deutschen Strafprocesses zeigt, daß man nicht an der ursprünglichen Bedeutung und Begrenzung der inquisitio generalis und specialis festhielt und daß in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis die verschiedensten Auffassungen seit lange hervorgetreten sind (*Carpzovii*, Pract. rer. crim. III. qu. 117, 118; Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses, S. 182 ff.; Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, § 624; Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte, II. Abh. 3, „von der Vor- und Hauptuntersuchung"; Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, II. § 111 ff.).

Indem man auf der einen Seite so weit ging, die General- und Specialinquisition wegen des gleichen Hauptzweckes nicht als zeitlich und räumlich gesonderte Proceßabschnitte gelten lassen zu wollen, suchte man auf der andern Seite die Specialinquisition insofern scharf von der Generalinquisition zu trennen, daß man das Eintreten jener von einem förmlichen gerichtlichen Act und einem besondern Decrete abhängig machte. Die letztere Richtung ist auch in Schaffhausen eingeschlagen.

Sich zu den Formen des accusatorischen Processes hinneigend, bestimmt das Gesetz über das Verfahren bei Untersuchung von Zuchtpolizei- und Criminalfällen vom 18. Juni 1849 (Bd. 17), Voruntersuchung und Hauptuntersuchung oder Specialuntersuchung unterscheidend, §§ 11, 15, 16, 17, über das Eintreten der letztern Folgendes:

§ 15: „Erachtet das Verhöramt die Untersuchung eines Criminalfalles als erschöpft, so übermittelt dasselbe die Acten, unter Anzeige

an das Cantonsgericht, dem Fiscalat, welches dieselben mit einem schriftlichen Antrag an den Kleinen Rath, als Anklagekammer, leitet."

§ 16: „Der Kleine Rath entscheidet sodann, ob eine Specialuntersuchung stattzufinden habe, oder ob die Untersuchung zu sistiren sei."

§ 17: „Wird die Hauptuntersuchung erkannt, so ist dem Appellationsgerichte hievon Kenntniß zu geben.

„Das Verhöramt führt dieselbe zu Ende und übermittelt sodann die Acten dem Fiscalat zu weiterer Verfügung."

Nach der von Herrn Andreas Klingenfuß selbst in seiner Zuschrift an diese Facultät gegebenen Schilderung der gegen ihn vorgenommenen Proceduren und den zwischen ihm und den verschiedenen Behörden des Cantons Schaffhausen gewechselten Schriften ist die Specialuntersuchung nicht gegen ihn in der von dem Gesetze bestimmt geforderten Form erkannt worden. Der Petent führt aber in seiner Zuschrift an die Facultät an:

> „Unsere Gerichte, das Verhöramt und die Staatsanwaltschaft werden nicht widersprechen, daß die wenigsten Untersuchungen über Criminalfälle in Vor- und Special-Untersuchungen zerfallen, sondern, daß, sobald die Voruntersuchungen hohe Wahrscheinlichkeit gewähren, es möchten diese oder jene Personen die ermittelten Verbrechen begangen haben, einfach die Untersuchung fortgesetzt wird, ohne daß weder der Kleine Rath (Regierungsrath) davon benachrichtigt, oder auch nur ein Beschluß des Verhöramtes gefaßt wird, daß die Untersuchung eine Specialuntersuchung sei" (Beil. 13).

Es fehlt der Facultät an allen Mitteln zu constatiren, ob und wie weit diese Angabe richtig sei, daß die Criminalpraxis im Canton Schaffhausen seit der Geltung des Gesetzes vom 13. Juni 1849 — denn nur diese Zeit kann in Betracht kommen — in den wenigsten Criminalfällen die angeführten Paragraphen des Gesetzes beachtet habe; es kann sich demnach diese Facultät nicht zu dem Ausspruch berechtigt halten, daß gegen Herrn Andreas

Klingenfuß eine Specialuntersuchung wegen Mordversuches an der Wittwe Barbara Gasser stattgefunden habe.

Ob Herr Andreas Klingenfuß, der aus 39tägiger Haft, ohne daß eine Schuld an dem genannten Verbrechen ihm nachgewiesen worden, entlassen wurde, nunmehr, wenn gleich die gegen ihn eingeleitete Untersuchung nur als Voruntersuchung zu bezeichnen ist, einen Anspruch erheben kann auf ein seine Freisprechung erkennendes Urtheil, ist eine Frage, die, wenn sie auch nicht ausdrücklich vom Petenten gestellt ist, sich einfach hier anschließt.

Wir vermögen freilich nicht zu beurtheilen, ob das materielle Fundament einer solchen Freisprechung im Verlauf der gegen Andreas Klingenfuß anhängig gewesenen Untersuchung, etwa durch den Nachweis seines Alibi, wie er in der Petition an den Großen Rath vom 21. Juni 1853 andeutet (Beil. 12), sich ergeben hat, da die Untersuchungsacten uns nicht vorliegen. Was aber das Formelle im Allgemeinen anbelangt, so ist es in der deutschen Criminalpraxis nicht unerhört, daß eine Voruntersuchung mit einem gänzlich lossprechenden Erkenntniß des verdächtig Gewesenen abschließt, allein es ist dieß doch eine Seltenheit im Vergleich zu der Beendigung der Untersuchung durch den Ausspruch des Gerichtes, daß kein hinreichender Grund zu einer weitern Untersuchung vorhanden sei. Ein Grund, warum man das Erstere so selten eintreten läßt, wird, unter Berücksichtigung der Interessen des Angeschuldigten, darin gesehen, daß in der Lossprechung die Erklärung liegen würde, der Losgesprochene sei in einem hohen Grade verdächtig gewesen, während der Ausspruch, daß kein genügender Grund eines weitern Verfahrens gegen ihn vorhanden sei, nicht drückend für ihn sein könne (Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte, II. S. 214; Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, II. § 136.

Um diese Auffassung zu würdigen, muß man, was auch für den vorliegenden Fall von großer Wichtigkeit ist, die Verschiedenheit der Stellung eines in der Voruntersuchung befindlichen Angeschuldigten und

eines in der Special- oder Hauptuntersuchung stehenden Inquisiten beachten, eine Verschiedenheit, die im deutschen Gerichtsgebrauch von großen Folgen gewesen ist und die man namentlich durch eine scharfe Grenzscheide zwischen der General- und Specialinquisition, und durch die frühere übliche, dem Inculpaten zugestandene formelle defensio pro avertenda speciali inquisitione hat hervortreten lassen (Stübel, das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten, § 2804; Mittermaier, a. a. O., II. § 136.)

Es kann jeder rechtliche Mensch durch zufällige Umstände, wie durch eigene Unvorsichtigkeit in den Verdacht eines Verbrechens und demnächst in eine Untersuchung kommen; wird er in dieser von dem Verdachte gerechtfertigt, so bleibt kein Rechtsnachtheil für ihn, sondern er steht als rechtlich unbescholten da. Herr Andreas Klingenfuß ist, besonders durch die Denunciation der verwundeten Frau Barbara Gasser, in die Untersuchung gerathen. Wenn nun die hohe Regierung des Cantons Schaffhausen, auf den Antrag des Staatsanwaltes, es ausgesprochen hat, es sei „kein Grund vorhanden, gegen ihn eine Untersuchung einzuleiten“ — womit nur eine Criminaluntersuchung gemeint sein kann —, so ist damit jeder rechtliche Nachtheil, der aus einer Criminaluntersuchung resultiren kann, in Beziehung auf die bürgerliche Stellung und den Ruf des in die Voruntersuchung Gerathenen bis zur Gegenwart für ihn beseitigt.

Die Rechtsfrage 3, welche von Herrn Andreas Klingenfuß dieser Facultät vorgelegt worden ist, betrifft den Entschädigungsanspruch für ökonomische Nachtheile, welche er während und durch die Untersuchung erlitten habe.

Daß derselbe durch die Untersuchung und Haft ökonomische Nachtheile erlitten hat, ist wohl unzweifelhaft. Fraglich ist es aber, ob diese Nachtheile ganz oder zum Theil auf ein Verschulden der Behörden des Cantons Schaffhausen, in specie des Cantonalverhöramtes, zurückzuführen sind. Herr Andreas Klingenfuß hebt in seiner Eingabe

an diese Facultät einen Fundamentalsatz des schweizerischen Staatsrechtes und der Verfassung des Cantons Schaffhausen hervor: „Die persönliche Freiheit ist gewährleistet“ (A. Snell, Handbuch des schweizerischen Staatsrechtes, II. S. 402; Verfassung des Cantons Schaffhausen von 1831, § 5, — von 1852 ebenfalls § 5).

Dieser § 5 lautet aber weiter: „— kein Angeklagter darf dem ordentlichen Richter, welchen das Gesetz anweist, entzogen werden. Ein Verhafteter ist binnen zwei Mal vierundzwanzig Stunden dem ersten Verhöre zu unterwerfen“ (in der Verfassung von 1852, § 5 ist noch eingeschoben: „Verhaftungen dürfen außer in Fällen der Ergreifung auf frischer That, nur gegen Vorweisung eines schriftlichen Befehls vorgenommen werden.“)

Es ist also die Beschränkung der persönlichen Freiheit durch den Staat oder dessen Organe an eine bestimmte Form geknüpft. Ob dieselbe in dem gegenwärtigen Falle gewahrt worden ist, läßt sich aus der Eingabe des Petenten an die Facultät und den Belegen nicht ersehen. Die nächste Veranlassung dagegen der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung und verfügten Haft tritt hervor in dem Factum, daß die verwundete Barbara Gasser **selbst** ihn als Thäter nannte; also hatte die Untersuchung eine Veranlassung, die man im Allgemeinen als eine für die Gerichte triftige ansehen muß. Hierbei ist aber eine in der Natur der Sache liegende Regel, daß bei einer gemachten Denunciation auf die Person des Denuncianten gesehen werden soll.

Unter welchen Umständen die in der Nacht vom 10. auf den 11. November 1851 der Frau Barbara Gasser zugefügten Verletzungen gemacht sind, wissen wir nicht, da uns die Acten, in denen dieses ohne Zweifel verzeichnet ist, nicht vorliegen, also können wir weder daraus, noch aus der nähern Beschaffenheit der Denunciation von Seiten der Verwundeten, noch aus einer nähern Kenntniß der Vornahmen des Gerichtes in Folge der Denunciation, einen Ausspruch darüber wagen, ob die Barbara Gasser oder das Verhöramt leichtfertig zu Werke

gegangen sind; eben so wenig steht uns die Beantwortung der Frage zu, ob das besagte Gericht seine Befugnisse überschritten hat durch die Continuirung der Haft des Denunciaten bis auf die Dauer von 39 Tagen, denn es ist die Möglichkeit durchaus nicht ausgeschlossen, daß ein zur Erforschung der Wahrheit bei einem vorgekommenen Verbrechen bestelltes Gericht sich verpflichtet halten muß, bei aller Schonung der Freiheit der Staatsangehörigen, so zu handeln.

Es hat nun zwar:

1) die höchste Behörde des Cantons Schaffhausen am 7. November 1853 beschlossen, es bleibe der Regierung überlassen, den Andreas Klingenfuß billig zu entschädigen, und

2) der Regierungsrath auf Veranlassung dieses Beschlusses des Großen Rathes die Entschädigung des Andreas Klingenfuß „wegen Verwickelung in die Untersuchung wegen einer im November 1851 an Barbara Gasser von Unterhallau verübten Verwundung, beziehungsweise eines Mordversuchs“, auf 120 Frk. festgesetzt;

allein die Facultät kann ohne genauere Kenntniß der Verhandlungen obiger hohen Behörden des Cantons Schaffhausen nicht entscheiden, ob dieselben darin ein Recht des Petenten auf Entschädigung haben anerkennen wollen.

Nach dem Obigen ergeben sich als Antworten auf die vorgelegten Fragen:

1. Der Petent kann nach den Gesetzen des Cantons Schaffhausen nicht verlangen, daß er durch gerichtliches Urtheil entweder freigesprochen, von der Instanz entbunden oder schuldig erklärt werde.

2. Der Petent muß sich begnügen, nicht wie er sich ausdrückt, einfach aus der Haft entlassen zu sein, sondern mit der auf Antrag der Staatsanwaltschaft abgegebenen Erklärung der Regierung des Cantons Schaffhausen, es sei kein Grund vorhanden, gegen ihn eine Untersuchung einzuleiten, als wodurch jeder rechtliche

Nachtheil, der aus einer Criminaluntersuchung hervorgehen könnte, bis dato von ihm abgewendet ist

3. Die Facultät sieht sich außer Stande, die dritte Frage zu beantworten.

XLI.

Ist bei der Verjährung nach § 68 des Strafgesetzbuches die im concreten Falle verwirkte Strafe oder das gesetzlich angedrohte Strafmaximum entscheidend?

Das Obergericht des Standes Zürich

hat

am 3. December 1853,

nach Einsicht einer Recursschrift des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg, Namens des Jakob Stapfer, Fabrikant von Horgen, seßhaft in Uetikon, vom 11. v. M. und der Beilagen,

da sich ergeben:

A. Rudolf Roth von Zezwyl, Pfarre Gontenschweil, Bezirks Kulm im Canton Aargau, welcher wegen Ausgebens falschen Geldes vom Obergerichte des Cantons Bern am 7. October 1835 und 31. Mai 1838 bestraft und zuletzt am 30. Januar 1841 zu eilfjähriger Kettenstrafe verurtheilt worden sei und nunmehr diese Strafe erstanden habe, gebe an: Die Falschmünzerei, wegen welcher er bestraft worden sei, habe er gemeinsam mit dem Recurrenten Stapfer betrieben; der Letztere habe die falschen Münzen mittelst einer Presse u. s. w. verfertigt; wie lange dieser Verkehr gedauert, könne er nicht mehr genau angeben; den Stapfer habe er damals auf dessen dringendes Ansuchen nicht verrathen, sondern in jüngster Zeit zur Bezahlung des

Guthabens von 692 Frk. 50 Rpn. a. W. (worunter 390 Frk. „Schadensersatz für dreizehn Jahre Zuchthausstrafe") aufgefordert, allein derselbe weigere sich nun, diese Forderung an ihn zu bezahlen; —

B. Auf den Antrag des Staatsanwaltes sei durch Verfügung des Präsidenten der Anklagecommission vom 26. October d. J. gegen den Recurrenten wegen Münzfälschung und gegen Roth wegen Erpressung Untersuchung eingeleitet worden; —

C. Hierüber beschwere sich nun Recurrent und verlange unter Geltendmachung der Einrede der Verjährung Niederschlagung der Untersuchung, so weit diese gegen ihn gerichtet sei; zur Begründung dieses Begehrens führe er an: Nach § 115, litt. a des Strafgesetzbuches sei das ihm zur Last gelegte Verbrechen mit fünf Jahren Zuchthaus bis zehn Jahre Kettenstrafe zu bestrafen und nach § 68, litt. a hebe der Ablauf von fünfzehn Jahren vom Zeitpunkt der begangenen That bei Verbrechen, auf denen Zuchthaus stehe, die Strafbarkeit auf, während bei Verbrechen, auf denen Kettenstrafe stehe, eine Verjährung nicht stattfinde; im vorliegenden Falle seien fünfzehn Jahre verstrichen und daher frage es sich, ob das ihm zur Last gelegte Verbrechen der Ketten- oder der Zuchthausstrafe unterliege und ob man auf die Strafdrohung des Gesetzes oder auf die im einzelnen Falle verwirkte Strafe abstellen wolle; wenn man aber auch annehme, daß es lediglich auf die Strafdrohung des Gesetzes ankomme, so werde man sich doch bald überzeugen, daß eben die gesetzliche Strafe von der im einzelnen Falle verwirkten durchaus nicht verschieden sein könne; der § 115, litt. a habe offenbar den Sinn, daß in der Regel die Münzfälschung mit Zuchthausstrafe zu belegen sei und nur in besonders schweren Fällen mit Kettenstrafe; im vorliegenden Falle sei daher nöthigenfalls die Untersuchung nur insoweit einzuleiten, um zu ermitteln, ob die gesetzliche, regelmäßige Strafe nicht ausreiche; zu einem ähnlichen Resultate führe die Betrachtung der tiefern Natur der relativ unbestimmten Strafgesetze; der Gesetzgeber bedrohe auch hier jede Handlung mit der verdienten Strafe

und demnach sei die verdiente Strafe auch die allein angedrohte; wenn man dieß nicht annähme, so würde man das relativ unbestimmte Strafgesetz in ein absolut bestimmtes umwandeln; jedenfalls sei im Zweifel die für den Angeschuldigten mildere Auslegung des Gesetzes der härtern vorzuziehen; —

D. Der Staatsanwalt halte dafür, es sei die aufgeworfene Frage nach dem Wortlaut des § 68 des Strafgesetzbuches im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden; —

E. Diese Ansicht halte auch die Anklagecommission für die allein richtige, diese mache darauf aufmerksam, daß auch die bisherige Praxis hiemit übereinstimme und daß, wenn man auf die in concreto verwirkte Strafe abstellen wollte, doch überall, wo kein Geständniß vorliege, die Untersuchung so wie das Hauptverfahren vollständig durchgeführt werden müßte, da sich erst dann mit Sicherheit entscheiden lasse, welche Strafe den Verhältnissen angemessen sei, welches Verfahren schon darum unstatthaft wäre, weil die Verjährung sich auch auf die gerichtliche Verfolgung erstrecken solle; übrigens, füge sie bei, sei gegenwärtig nicht einmal die Bedingung eines fünfzehnjährigen Zeitablaufs vorhanden, da das Ausgeben falscher Münzen seitens des Stapfer im Jahre 1843 (in Folge dessen er am 16. Januar 1844 vom Criminalgericht wegen Münzfälschung von der Instanz entlassen worden sei) sehr dafür spreche, daß er um jene Zeit noch solche verfertigt habe, wie denn auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden sei, daß von Roth im Jahre 1840 ausgegebene falsche Münzen von Stapfer hergerührt haben und von ihm damals verfertigt worden seien:: —

in Erwägung:

1) Daß es sich nach dem Inhalte der Recursschrift lediglich um die Entscheidung der Frage handelt, ob bei Verjährung gemäß § 68 des Strafgesetzbuches die im concreten Falle verwirkte oder aber die Strafe maßgebend sei, welche das Gesetz für diejenige Kategorie von Verbrechen im Allgemeinen angedroht hat, zu welcher der

betreffende Fall gehört, so daß also immer auf das angedrohte Strafmaximum abgestellt werden müsse; —

2) daß nun die Gerichte in einer Reihe von Urtheilen und Beschlüssen fortwährend die letztere Interpretation als die richtige erklärt haben, und zwar gestützt darauf, daß

a) namentlich die Verbalien des Einganges des citirten § 68 bei Verbrechen, welche in diesem Gesetzbuche mit keiner höhern Strafe als Zuchthaus bedroht sind, für die erwähnte Auslegung sprechen;

b) wenn nach der Ansicht des Recurrenten verfahren würde, in vielen Fällen, wie in dem Berichte der Anklagecommission näher ausgeführt wird, die Untersuchung völlig durchgeführt werden müßte, ehe über die Frage der Verjährung mit Sicherheit entschieden werden könnte, während nun gerade durch die Verjährung auch die Untersuchungen ausgeschlossen werden sollen (cf. namentlich obergerichtliche Urtheile i. S. Schinz vom 16. Mai 1843; i. S. K. Steinemann vom 18. Februar 1850; i. S. Stauber vom 13. März 1850; Urtheil des Criminalgerichtes i. S. Frei vom 30. November 1852 und bestätigt durch das Obergericht den 3. Februar 1853); —

3) daß auch das nunmehr in Kraft bestehende Gesetz betreffend das Strafverfahren sich der bisherigen Praxis anschließt, indem gemäß § 208 die Frage der Verjährung noch vor dem Hauptverfahren entschieden, somit nicht die im einzelnen Falle verwirkte Strafe, sondern die Strafdrohung ins Auge gefaßt werden muß; —

4) daß, da nun Stapfer nach den Angaben des Roth sich in Gemeinschaft mit diesem der Münzfälschung und zwar durch Prägung schuldig gemacht haben soll, das für dieses Verbrechen angedrohte Strafmaximum aber zehn Jahre Kettenstrafe beträgt, gemäß § 68 des Strafgesetzbuches eine Verjährung überall nicht stattfinden kann; —

5) daß übrigens, selbst wenn man der dem Recurrenten günstigern Auslegung dieses Paragraphen beitreten wollte, dennoch die Bedingung der Verjährung, nämlich der Ablauf von fünfzehn Jahren, nicht als erfüllt betrachtet werden könnte, da Stapfer auch im Jahr 1843 wegen Münzfälschung in Untersuchung gestanden und durch rechtskräftiges Urtheil von der Instanz entlassen worden, aus dieser Untersuchung aber mit um so größerer Wahrscheinlichkeit sich ergibt, daß er das schon im Jahr 1834 begonnene Verbrechen bis zum Jahr 1843 fortgesetzt habe, als auch zu letzterer Zeit gleich wie früher wieder falsche Fünfbatzenstücke in seinem Besitze gewesen sein sollen:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet und habe es daher bei dem Beschlusse der Anklagecommission vom 26. October d. J. sein Verbleiben; —

2. Trage Recurrent die Kosten.

XLII.

Zur Interpretation des § 141 des privatrechtlichen Gesetzbuches.

Veranlaßt durch einen Specialfall, in welchem es sich um die notarialische Fertigung eines Auskaufsvertrages zwischen Brüdern und verheiratheten Schwestern über den wesentlich in Liegenschaften bestehenden Nachlaß des verstorbenen Vaters handelte, deren Vornahme die betreffende Notariatskanzlei verweigerte, bis die in § 141 des privatrechtlichen Gesetzbuches vorgeschriebenen Requisite erfüllt seien, — hat sich das Obergericht über die Anwendung dieser Gesetzesstelle in einem sämmtlichen Bezirksgerichten zu Handen der Notare zugestellten Beschlusse dahin ausgesprochen, daß, indem das Gesetz „Veräußerung eines der Frau

zustehenden Erbrechtes“ an die Zustimmung der Ehefrau und eines außerordentlichen Vormundes knüpft, der Ausdruck Erbrecht gerade absichtlich gewählt scheine, um im Gegensatze zu Erbschaft ein Erbfolgerecht zu bezeichnen, das noch nicht wirklich zur Realisirung gelangt ist und auf den Nachlaß eines noch Lebenden sich bezieht, bei welchem eine Veräußerung ähnlich wie bei der Veräußerung von verfangenem Gut gerade deßhalb die Anwendung sichernder Formen wünschbar macht, weil das Object derselben nicht nur an sich von unsicherm Werthe ist, sondern auch erst in Zukunft zur Wirksamkeit gelangt, so daß, zumal Ausnahmsbestimmungen eher einschränkend zu interpretiren sind, eine Ausdehnung der fraglichen Bestimmung auch auf Veräußerung bereits angefallener Erbschaften nicht genügend sich rechtfertigen würde und somit auch in Fällen der jetzt vorliegenden Art, wo ein bereits erworbener Antheil an Erbschaftsgut durch Erbauskauf gegen eine bestimmte Summe abgetreten worden, Anwendung besonderer Formen — abgesehen von der, falls Liegenschaften zu diesem Erbschaftsgut gehören, jedenfalls erforderlichen Zustimmung der Ehefrau — nicht nothwendig werde, während dagegen Verträge, die sich auf erst in Zukunft anfallende Erbschaften beziehen, durch welche der Erbberechtigte sein Erbrecht einem andern Dritten zuwenden will, unter die Bestimmung des § 141 fallen, möge nun ein solcher Vertrag dadurch, daß der Erblasser selbst daran theilnimmt und also ein wahrer Erbvertrag vorliegt, das Erbrecht des früher Erbberechtigten direct aufheben und dem Dritten zuwenden, oder möge der Vertrag auf den zukünftigen Nachlaß eines nicht selbst mitwirkenden Erblassers sich beziehen und die in dem Erbrechte liegenden Rechte nur indirect auf dem Wege der Cession auf den dritten Erwerber übergehen. (Beschluß des Obergerichtes vom 27. Mai 1854.)

XLIII.

Ueber die Wirkung der Aushinnahme oder Nichtaushinnahme eines Rechtsvorschlages gegen eine erhaltene Capitalsaufkündigung.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 24. Jaunar 1854
in Sachen des Herrn Procurator Sulzberger, Namens des Herrn Hrch. Zangger in der Wanne zu Bubikon und dessen beiden Schwestern, betreffend Beschwerde über Aufhebung eines Rechtsvorschlages von Seite des Bezirksgerichtspräsidiums Hinweil,
da sich ergeben:

A. Am 10. November v. J. habe Herr alt Gerichtsschreiber Weber in Wetzikon dem Recurrenten als Erben des Hs. Hrch. Zangger eine Forderung von 150 fl. laut Obligo's sammt Zins von Maitag 1848 auf Maitag d. J. zahlbar aufgekündet, jedoch Rechtsvorschlag erhalten; —

B. Herr Weber habe Aufhebung dieses Rechtsvorschlages verlangt, gestützt:

1) auf ein Zeugniß des Gemeindeammannamtes Wetzikon vom 11. Mai 1844, wonach er auf einer Versilberungsgant drei verschiedene Schuldbriefe gekauft habe, unter welchen auch ein solcher von 400 fl. auf Hs. Jb. Weber in Hadlikon, vom Mai 1832, gewesen sei;

2) auf eine schriftliche Erklärung des Hs. Hrch. Zangger in der Wannen, Vater der Recurrenten, vom 20. und 25. Mai 1844, wonach derselbe anerkenne, dem Recursen bei Erwerbung jenes Schuldbriefes von 400 fl. noch 300 fl. schuldig geworden zu

sein und diese Summe zu verzinsen und auf eine halbjährige Aufkündung zu bezahlen.

Hieran seien 150 fl. sammt Zins vom ganzen Capital bis Maitag 1848 bezahlt; —

C. Die Recurrenten widersetzen sich diesem Begehren, weil sie von einem solchen Schuldverhältnisse gar nichts wissen und zudem die Forderung verjährt sei, da ihr Vater am 5. Juli 1849 gestorben sei; —

D. Durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Hinweil vom 21. v. M. sei der Rechtsvorschlag wieder aufgehoben worden, da es sich gegenwärtig nicht um die Frage, ob die Forderung an sich bestehe und ob die Einrede der Verjährung Platz greife, sondern bloß um die Frage über die Kündbarkeit derselben handle, diese aber unzweifelhaft zu Gunsten des Recursen entschieden werden müsse; —

E. Hierüber beschwere sich der Anwalt der Recurrenten, indem er glaube, es könne von der Kündbarkeit oder Fälligkeit einer Forderung überall nicht die Rede sein, so lange als nicht die Forderung selbst hergestellt sei, und die Bestimmungen der §§ 99 und 100 haben nur den Sinn, daß sie dem Gläubiger schon vor dem Verfalltag die Möglichkeit geben wollen, im Executivweg den Rechtsvorschlag gegen die Kündigung zu beseitigen, damit der Betreibung selbst kein Rechtsvorschlag mehr entgegengesetzt werden könne und die Liquidität der Forderung nicht erst dann hergestellt werden müsse; allein es sei klar, daß dieses Verfahren immer eine an sich liquide Forderung voraussetze; —

F. In Beantwortung der Recursschrift behaupte Herr Procurator Billiter Namens des Recursen, das Aufkündigungsverfahren nach §§ 94 bis 100 des Gesetzes beschränke sich auf die Untersuchung der formellen Frage der Kündbarkeit einer Schuldurkunde und sehe ganz davon ab, ob dem Schuldner auch noch materielle Einreden zu Gebot stehen; dieses liege im Sinn und Geist des Gesetzes und sei auch in der Praxis anerkannt (vgl. Schauberg, Beitr. Bd. XIII, S. 99 ff. und Gwalter, Schuldbetreibung S. 208):: —

in Erwägung:

1) Daß zwar so viel richtig ist, daß die Nichterhebung eines Rechtsvorschlages innerhalb vierzehn Tagen, von der Anlegung der Aufkündigung an nach richtiger Auslegung des § 99 des Rechtstriebgesetzes, wie dieselbe in dem vom Recursen citirten Falle enthalten ist (der § 90 des frühern Rechtstriebgesetzes stimmt mit § 99 des jetzigen wörtlich überein), noch nicht dahin führen kann, Denjenigen, welchem als angeblichem Schuldner gekündigt worden war, später, wenn von ihm nach Eintritt des Kündigungstermins Zahlung verlangt wird, mit der Bestreitung der Forderung oder mit Einreden, die sich nicht auf die Aufkündigung als solche beziehen, auszuschließen; —

2) daß indessen hieraus noch keineswegs folgt, auch in der Begründung des citirten Falles nicht enthalten ist, daß Derjenige, welchem als angeblichem Schuldner gekündigt wird, nicht berechtigt sei, jetzt schon die angebliche Forderung zu bestreiten und von der Frage der Aufkündbarkeit an sich oder der Zulässigkeit der Kündigung auf den angezeigten Termin unabhängige Einreden vorzubringen, mithin lediglich hierauf gestützt gegen die ihm angelegte Anzeige, daß ihm als angeblichem Schuldner die näher bezeichnete Forderung auf den angegebenen Termin gekündigt werde, Rechtsvorschlag zu erheben; —

3) daß die Berechtigung hiezu nach den Worten des § 99 anzunehmen ist, indem nach denselben die Befugniß, gegen eine erhaltene Aufkündigung Rechtsvorschlag zu erheben, vorhanden ist, sobald Derjenige, der dieselbe erhielt, sie für unzulässig hält und sich seine Gründe nicht sofort als unstatthaft darstellen (§ 100), ohne Unterscheidung, ob die Unzulässigkeit auf behaupteter Unaufkündbarkeit der Forderung beruhe, oder darauf, daß diese wenigstens auf den angezeigten Termin nicht gekündigt werden könne, oder endlich darauf, daß die Forderung überhaupt nicht existire oder daß ihr anderweitige Einreden entgegenstehen; —

4) daß somit die Sache sich so stellt:

a) bei Nichterhebung eines Rechtsvorschlages gegen die erhaltene Aufkündigung innerhalb der vierzehntägigen Frist gilt diese als solche für anerkannt, spätere Bestreitung der Forderung oder Geltendmachung anderweitiger Einreden ist indessen hiedurch nicht ausgeschlossen;

b) wenn Derjenige, dem aufgekündigt wird, die Frist benutzt und Rechtsvorschlag verlangt, so hat er seine allfälligen, auf die Aufkündigung an sich sich beziehenden Einwendungen jetzt vorzubringen und ist später mit solchen nicht mehr zu hören; er ist aber auch berechtigt, jetzt schon die Nichtexistenz der Forderung oder materielle Einreden geltend zu machen und auch solche Gründe sind zur Erwirkung eines Rechtsvorschlages geeignet; —

5) daß nun, hievon ausgegangen, im vorliegenden Falle der Rechtsvorschlag gegen die von Seiten des Recursen an die Recurrenten geschehene Kündigung einer Forderung von 150 fl. auf Maitag 1854 nicht aufzuheben ist, indem die Gründe, welche die Recurrenten gegen die Zulässigkeit einer Kündigung vorgebracht haben, solche sind, welche jetzt schon vorzubringen sie nach Erwägung 3 und 4 b als befugt erscheinen, dieselben auch gegenwärtig nicht als unstatthaft oder durch das Vorbringen des Recursen bereits widerlegt angesehen werden können, da Letzterer die Rechtheit der Unterschrift in dem fraglichen Obligo bisanhin nicht hergestellt hat, überdieß auch die Einrede der zweijährigen Verjährung, da seit dem Tode des Erblassers mehr als zwei Jahre verflossen sind, sich zur Zeit nicht verwerfen läßt: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und die recurrirte Verfügung aufgehoben; —
2. Trage Recurse die Kosten und entschädige derselbe die Gegner mit 3 Frk.

XLIV.

Der Käufer, welcher eine Resolutivbedingung des Kaufes behauptet, hat dieselbe zu erweisen.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes
hat
am 17. December 1853
in Sachen der Herren Armand und Comp. in Lyon, Kläger und Appellanten, gegen Herren J. Blattmann und Söhne in Richterschweil, Beklagten und Appellaten, betreffend Kauf, über die Rechtsfrage:
Ob die Beklagten verpflichtet seien, den Klägern für verkaufte Farbwaaren 522 Frk. nebst Zinsen und Kosten zu bezahlen?
da sich ergeben: [1])

A. Kläger stellen diese Forderung für ein den Beklagten übersandtes Kistchen Quercitronenextract; sie behaupten, es haben Letztere unterm 8. Juni v. J. dem Herrn Armand selbst bei dessen persönlicher Anwesenheit in Richterschweil die bezeichneten Farbwaaren bestellt und es seien dieselben von Herrn Raique in Mühlhausen Mitte Juni v. J. ihnen gesandt worden; am 22. August haben dann die Beklagten den Klägern mitgetheilt, sie haben die Waare zur Verfügung des Versenders in das Kaufhaus Zürich gesendet; —

B. Beklagte bestreiten die Forderung und die derselben zu Grunde liegende Behauptung des Abschlusses eines festen Kaufes und stellen die Sache folgendermaßen dar: Herr Armand habe bei einem persönlichen Besuche ihnen Quercitronenextract offerirt mit der Erklärung, daß sich derselbe als Flüssigkeit zum Färben von Baumwollengarn eigne, wofür er gut stehe, und daß die Bestellung nur auf Besicht und Probe geschehen könne; in diesem Sinne sei dann eine Bestellung von ihnen gemacht

---

[1]) Der factische Theil ist abgekürzt.

und daher ein fester Kauf nicht abgeschlossen, sondern die Perfection desselben von dem Resultate der Probe abhängig gemacht worden; nach Ankunft der Waare haben sie die Flüssigkeit probirt, allein bald habe es sich herausgestellt, daß dieselbe nicht brauchbar sei; hievon haben sie dem Agenten der Kläger, Herrn Raique, Kenntniß gegeben und ihm die Waare zur Disposition gestellt; darauf sei Herr Armand persönlich nach Richterschweil gekommen, habe sie über den Gebrauch der Waare zu belehren gesucht und sie bereden können, einen neuen Versuch mit derselben zu machen; nachdem aber auch dieser Versuch gänzlich mißlungen, haben sie mit Brief vom 10. Juli die Waare Herrn Raique neuerdings zur Disposition gestellt; dieser habe mit Brief vom 28. gl. M. die Rücknahme derselben verweigert und sie an Herrn Armand verwiesen, mit dem sodann in Baden ohne Erfolg verhandelt und in Folge dessen die Waare unverändert (d. h. nach Gebrauch einer kleinen Quantität zu Proben, sonst intact) nach Zürich ins Kaufhaus gesendet worden; —

C. Kläger widersprechen, daß die fragliche Waare den Beklagten bloß auf Probe geliefert worden sei, und behaupten vielmehr unter Berufung auf verschiedene Beweismittel, der Kauf sei fest abgeschlossen worden; der fragliche Farbstoff sei ein in der Fabrikation sehr bekannter und werde häufig in Färbereien, wie die Beklagten eine besitzen, gebraucht; die Beweislast ruhe übrigens auf den Beklagten, weil die Vermuthung gegen einen Kauf auf Probe spreche, denn es sei nicht daran zu denken, daß sie — die Kläger — einen flüssigen Stoff auf ihren eigenen Risiko so weit gesendet und die Annahme oder Rücksendung der Waare ganz von der Willkür der Beklagten abhängig gemacht hätten; —

D. Aus dem Berichte des bestellten Experten, Herrn David Eßlinger in Wipkingen, ergebe es sich, daß der fragliche Farbstoff untadelhaft sei, daß aber, wie er selbst in seiner langjährigen Praxis bei wiederholten Versuchen sich überzeugt habe, der Quercitronenextract zur Baumwollenfärberei nicht besonders geeignet sei; —

E. Das Bezirksgericht Horgen habe durch Urtheil vom 14. November d. J. die Kläger abgewiesen und ihnen die Kosten aufgelegt: : —

in Erwägung:

1) Daß, wenn die Beklagten der an sie gestellten Kaufpreisforderung die Behauptung entgegensetzen, der fragliche Kauf sei nur unter dem Vorbehalte abgeschlossen worden, daß die gekaufte Waare für ihr Geschäft nach gemachter Probe als tauglich sich herausstelle, was nun aber nicht der Fall und der Kauf deßhalb ungültig sei, Kläger dagegen die Vereinbarung eines solchen Vorbehaltes bestreiten und Abschließung eines festen unbedingten Kaufes behaupten, vor Allem in Frage kommt, wem der Hauptbeweis für diese sich entgegenstehenden Behauptungen obliege; —

2) daß nun, gesetzt auch, es würde, falls der bezeichnete Vorbehalt als Suspensivbedingung aufzufassen wäre, den Klägern der Beweis dafür, daß eine solche Bedingung nicht vereinbart worden oder mit andern Worten dafür, daß der Kaufvertrag definitiv zu Stande gekommen und perfect geworden sei, als nothwendig zu Herstellung ihres Klagegrundes obliegen, doch jedenfalls die Sache anders sich verhält und die Beweislast die Beklagten trifft, wenn der fragliche Vorbehalt nur als Resolutivbedingung erscheint, somit zunächst, auch wenn er wirklich vereinbart worden, der Kauf definitiv abgeschlossen und perfect geworden ist, und nur eine Wiederaufhebung dieses Kaufes durch einseitigen Rücktritt der Beklagten nach dem fraglichen Vorbehalte möglich wird, indem die Eingehung der Bedingung in diesem Falle als Grund eines besondern, dem durch das Geschäft zunächst gebundenen Beklagten zustehenden Rechtes erscheinen würde (Treitschke, der Kaufcontract, S 80); —

3) daß, hievon ausgegangen, die Entscheidung des Processes davon abhängt, ob Kläger den Beweis dafür, daß der Kauf unbedingt abgeschlossen oder doch an keine Suspensivbedingung der bezeich-

neten Art geknüpft worden sei, Beklagte, falls Kläger den ihnen obliegenden Beweis geleistet haben, den Beweis dafür, daß eine Resolutivbedingung in dem angegebenen Sinne vereinbart und in Erfüllung gegangen sei, erbracht haben; —

4) daß nun zwar nicht für Abschließung eines unbedingten Kaufes, wohl aber dafür, daß derselbe jedenfalls an keine Suspensivbedingung geknüpft gewesen sei, der Beweis durch folgende Thatsachen als erbracht zu betrachten ist:

a) die Uebersendung und Empfangnahme des ganzen Quantums des bestellten Farbstoffes, welche um so eher zu dem Schlusse führen muß, es sei zunächst diese Waare wirklich gekauft worden, als die Lieferung derselben hier nicht nur mit Kosten, sondern auch mit Risiko verbunden war und die Zustellung eines bloßen Musters für Vornahme von Versuchen und nachherige Entscheidung, ob man die Waare kaufen wolle, sehr leicht möglich und offenbar bei solcher Meinung der Contrahenten viel geeigneter und zweckmäßiger gewesen wäre;

b) den Mangel irgend welcher Bemerkung, daß nur auf Besicht oder Probe hin verkauft worden sei, in dem Reisebuch des Herrn Armand, dem Briefe desselben an Herrn Raique, [illegible]ctur des Herrn Raique, dem Briefe des Letztern [illegible] Eintrage in die klägerischen Bücher, was Alles nicht als [illegible]eblich gelten kann, weil diese Skripturen zu einer Zeit gemacht wurden, in der die Beklagten ihren Willen, den Kauf nicht aufrecht zu halten, noch nicht erklärt hatten;

c) die Fassung der eigenen Angabe der Beklagten über den Inhalt ihres ersten Briefes an Herrn Raique, welche weit eher für eine Resolutiv- als eine Suspensivbedingung spricht; —

5) daß dagegen Beklagte den Beweis für Eingehung einer Resolutivbedingung in dem Sinne, daß es ihnen verstattet sei, von dem Kaufe wieder zurückzutreten, falls der Farbstoff als nicht tauglich

für ihr Geschäft sich erweise, weder anerboten noch geleistet haben, obschon die Beweisauflage des Bezirksgerichtes ihnen hiefür zwar allerdings nur in Form des Gegenbeweises volle Gelegenheit gegeben hat; —

6) daß, wenn etwa gegen die hier angenommene Vertheilung der Beweislast geltend gemacht werden wollte, bei einem Kaufe auf Probe oder Besicht spreche nach einer anerkannten Regel des Handelsrechtes die Vermuthung für einen unter Suspensivbedingung geschlossenen Kauf, hierauf zu erwiedern ist, daß zwar allerdings diese Regel der herrschenden Rechtsansicht entspricht, eine ausdrückliche Ausnahme von derselben aber und die Vermuthung für eine Resolutivbedingung eben so allgemein dann anerkannt wird, wenn der Vertrag, wie es hier geschehen ist, sofort erfüllt und die Waare dem Käufer übergeben worden ist (Heise und Cropp, juristische Abhandlungen 1, 193; Thöl, Handelsrecht 1, 227; Treitschke, Kaufcontract S. 111); —

7) daß hienach, da der geforderte Preis an sich nicht bestritten und fehlerhafte Qualität des gelieferten Stoffes nicht bestimmt behauptet ist, auch überdieß das Gegentheil durch das Gutachten des Experten hergestellt wird, die Klage gutgeheißen werden muß und darauf, daß der Stoff für das Geschäft der Kläger, wie aus dem Gutachten des Experten allerdings hervorgeht, nicht sehr tauglich scheint, nichts weiter ankommen kann, indem diese Thatsache nur, wenn Eingehung eines ausdrücklichen Vorbehaltes des Rücktrittes von dem Kauf für diesen Fall hergestellt wäre, die Beklagten zu Aufhebung des Kaufes berechtigen könnte: : —

mit Einmuth gefunden:

Sei die Appellation der Kläger begründet, und demnach

erkannt:

1. Sei die Forderung der Kläger im Betrage von 522 Frk. nebst Zinsen zu 5 Proc. vom 10. September 1852 an gutgeheißen; —

2. Haben die Beklagten die erst- und zweitinstanzlichen Kosten und an die Kläger eine Gesammtentschädigung von 50 Frk. zu bezahlen; —

3. Sei die erstinstanzlich den Beklagten gesprochene Entschädigung aufgehoben.

XLV.

Ueber das Vorrecht der Anmeldung einer Forderung im ersten Concurse.

Ein gewisser G. verkaufte sein Heimwesen an seine Söhne, gerieth bald darauf in Concurs und wurde dann wegen jenes Rechtsgeschäftes des betrüglichen Bankerottes schuldig erklärt und bestraft. Später, nachdem jener Concurs vollkommen beendigt war, erfolgte durch rechtskräftiges Civilurtheil die Aufhebung des gedachten Kaufvertrages selbst, in Folge dessen über die betreffenden Activen ein neuer Concurs eröffnet wurde. Bei Behandlung dieses letztern entstund darüber Streit, ob einem gewissen B., welcher bereits im ersten Concurse eine laufende Forderung von 70 Frk. angemeldet hatte, für diese Ansprache im zweiten Concurse das Vorrecht der Anmeldung im ersten Concurse zustehe. Letzteres wurde wesentlich aus zwei Gründen bestritten:

1) weil die gegenwärtig vorhandenen Activen des Cridars nur durch eine arglistige Handlung desselben und seiner Söhne bei dem ersten Concurse der gerichtlichen Vertheilung entzogen gewesen seien und somit der in Theil X, § 69 des Stadt- und Landrechtes berührte Fall hier nicht vorliege;

2) weil überdieß B. weder in seiner Schuldeingabe, noch bei der Collocationsverhandlung dieses Vorrecht angesprochen habe, der Notar aber nicht berechtigt gewesen sei, von sich aus der fraglichen Forderung einen bessern Rang anzuweisen.

Die Civilabtheilung des Obergerichtes verwarf das angesprochene Vorrecht, und zwar aus dem zuerst berührten materiellen Grunde; die dießfälligen Entscheidungsgründe gehen dahin:

1) Daß die zuletzt angeführte formelle Einwendung des Beklagten nicht Stich hält, indem es in der Pflicht des Notars liegt, die Forderungen in allen Fällen, wo er aus der Schuldeingabe oder sonst die Natur derselben erkennen kann, in diejenigen Classen einzureihen, wohin sie seiner Ueberzeugung nach gehören, auch wenn der Creditor in der Eingabe die gesetzliche Stellung nicht ausdrücklich bezeichnet und angerufen hat, somit auch hier, falls das Privilegium gesetzlich begründet wäre, in formeller Hinsicht seine Geltendmachung nicht angefochten werden könnte; —

2) daß aber aus materiellen Gründen das Privilegium in dem vorliegenden Falle nicht als gerechtfertigt erscheint, indem die eingezogenen Auffallsprotokolle ergeben, daß der zweite über Jb. Guggenbühl eröffnete Concurs lediglich darin seine Veranlassung gehabt hat, daß der Verkauf der Liegenschaften des Guggenbühl, der in dem ersten Concurse als rechtsgültig vorausgesetzt wurde, durch gerichtliches Urtheil aufgehoben worden ist und die Liegenschaften deßhalb in die Guggenbühl'sche Masse zurückgefallen sind und daß ferner nicht bloß die grundversicherten, sondern mit geringer Ausnahme auch die laufenden Creditoren zu ihren Eingaben in dem zweiten Concurse lediglich durch diesen Rückfall der Liegenschaften und die daherige gänzliche Veränderung des Vermögenszustandes des Guggenbühl die Veranlassung erhalten haben, unter diesen Umständen aber, gesetzt auch, § 69, Thl. X des Stadt- und Landrechtes werde nicht bloß auf den Fall, daß der Fallit nach dem Concurse neues Vermögen erworben habe, sondern auch auf den Fall neuer Entdeckung zur Zeit des ersten Concurses schon vorhandener, aber damals verheimlichter oder übersehener Activen bezogen, doch eine Anwendung des Ge-

setzes auf den vorliegenden Fall nicht statthaft ist, da die Creditoren, welche bei Anerkennung eines Privilegiums für die im ersten Concurse eingegebenen Forderungen nachgesetzt würden, weder solche sind, die nach der Satzung ihre Ansprachen im ersten Concurse hätten eingeben sollen, dieses aber versäumt haben (zu einer Eingabe im ersten Concurse mangelte hier den meisten Creditoren des zweiten Concurses Recht und Veranlassung), noch auch solche, die erst nach dem Auffall dem Falliten Etwas vertraut haben, was in der ganz eigenthümlichen Natur dieses zweiten Concurses, der, wenn auch nicht formell, doch der Sache nach als Revision des ersten Concurses erscheint, seinen Grund hat. (Civilprot. vom 26. November 1853 i. S. Bodmer c. Utzinger.)

XLVI.

Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen ist in dem Concurse als gehörig angemeldet zu betrachten, wenn in der Concurseingabe nur der Tag des Pfandscheines angegeben, der Pfandschein aber aus Versehen nicht beigelegt ist.

Das Bezirksgericht Meilen

hat

am 15. Februar 1854

in Sachen des Herrn Salomon Schenkel, Weinschenk an der Steingasse in Zürich, Klägers, gegen Herrn Hs. Heinrich Fenner in Itschnach und Herrn Rudolf Obrist von Küßnacht, als Vormundes der Ehefrau und Kinder des falliten Rudolf Fenner in Itschnach, Beklagte, betreffend Pfandrecht, über die Rechtsfrage:

Ob der Forderung des Klägers von 455 Frk. 95 Rp. ein Pfandrecht zustehe auf die im Auffallsinventar unter Nr. 1—252 bezeichneten Fahrhabegegenstände?

da sich ergeben:

A. Im Concurse des am 10. Januar d. J. verrechtfertigten Rudolf Fenner in Itschnach, Gemeinde Küßnacht, hat der Kläger folgende Forderungen angemeldet:

380 Frk. — Rp. laut Pfandscheines vom 4. October 1853,
4 „ 35 „ Rechtstriebkosten,
70 „ — „ laut Pfandscheines vom 6. October 1853,
1 „ 60 „ Rechtstriebkosten,

Sa. 455 Frk. 95 Rp.,

und dabei erklärt: „Behält sich Untersuchung des Auffalles vor und verwahrt seine Rechte und hält sich an das gepfändet und ungepfändet und zur einen Masse, wenn sich eine bildet, bei Verlust der Forderung Regreß und Wortzeichen auf den Schuldner;" —

B. Der Notar hat diese Forderung in seinem Locationsentwurfe in die Classe der laufenden Forderungen eingereiht; am Collocationstage ist der Kläger nicht erschienen, hat dagegen während der Bedenkzeit die beiden Pfandscheine vom 4. und 6. October der Notariatskanzlei eingesendet, und dabei erklärt, daß er ein Pfandrecht geltend mache auf die Fahrhabegegenstände Nr. 1 bis und mit Nr. 252; —

C. Von den Beklagten ist dieses Pfandrecht bestritten worden, von Herrn Obrist jedoch nur mit Bezug auf die von ihm vindicirten Gegenstände; in letzterer Beziehung erklärt heute der Kläger, daß er die Pfandrechtsansprache zurückziehe, so weit in dem darüber obwaltenden Processe die Ehefrau und Kinder Fenner das Eigenthum nachzuweisen im Stande sind; —

D. Der Beklagte Hs. Heinrich Fenner bestreitet das Pfandrecht aus dem Grunde, weil dasselbe im Concurse nicht rechtzeitig angemeldet worden; der Anwalt des Klägers dagegen glaubt, daß die

in der Eingabe enthaltene Hinweisung auf die Pfandscheine mit Angabe des Datums in Verbindung mit der beigefügten Erklärung bei dem Notar und den übrigen Creditoren keinen Zweifel darüber offen gelassen habe, daß das Pfandrecht auf die in den beiden Pfandscheinen enthaltenen Gegenstände angesprochen werde; wenn aber dem Notar die Sache nicht klar gewesen, so hätte er den Kläger darüber anfragen sollen und es könne auch aus dem Umstande, daß bei der Collocation keine Einwendung gegen den vorläufigen Locationsentwurf erhoben worden, nicht auf Anerkennung geschlossen werden:: —

in Erwägung:

1) Daß eine gehörige Anmeldung des streitigen Pfandrechtes in der Eingabe nicht stattgefunden hat, indem darin zwar allerdings auf zwei Pfandscheine mit Angabe des Datums sich bezogen, diese Pfandscheine aber, in deren Besitz sich der Kläger befand, und die er daher gemäß der in der Concurspublication enthaltenen Aufforderung der Eingabe sofort hätte beilegen sollen, zurückbehalten, auch die Pfande sonst nicht speciell bezeichnet oder auf andere Weise dem Notar mit Bestimmtheit zu erkennen gegeben wurde, auf welche einzelne Gegenstände ein Pfandrecht angesprochen werde, wozu noch kommt, daß der Kläger, indem er am Collocationstage nicht erschienen ist, sich den vorläufigen Locationsentwurf des Notars hat gefallen lassen; —

2) daß die erst während der Bedenkzeit mit Bestimmtheit geltend gemachte Pfandrechtsansprache als verspätet nicht weiter zu berücksichtigen ist und daß, wenn auch der Notar die Mangelhaftigkeit der Eingabe und noch rechtzeitig genug bemerkt hätte, um den Kläger zur Ergänzung und Verbesserung aufzufordern, ihm, dem Notar, eine dießfällige Verpflichtung nicht oblag und daher der Kläger aus der Unterlassung Nichts für sich ableiten kann:: —

mit Mehrheit erkannt:

1. Sei der Kläger mit seiner Pfandrechtsansprache abgewiesen; —

2. Habe Kläger die Kosten zu tragen und den Beklagten, Fenner, mit 10 Frk. zu entschädigen.

In Folge der von dem Kläger gegen dieses Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann die Civilabtheilung des Obergerichtes unterm 4. März 1854,

in Erwägung:

1) Daß die Anmeldung eines Pfandrechts darin doch unzweifelhaft lag, daß Kläger in der Eingabe auf die für die Forderungen herausgekommenen Pfandscheine unter Angabe des Datums derselben sich berief und überdieß unter Anderm erklärte, sich an das Gepfändete zu halten; —

2) daß, da nach den in der Eingabe angeführten Daten der Pfandscheine von Untergang des Pfandrechts nicht die Rede sein konnte, der Notar die Forderungen in die dritte Classe hätte einreihen sollen, der Umstand nun aber, daß dieß von demselben nicht geschehen ist, und daß nicht schon am Verrechtfertigungstage der damals nicht anwesende Kläger gegen die vom Notar erfolgte Aufnahme der Forderung in die Classe der laufenden Verwahrung eingelegt hat, doch unmöglich eine Verwirkung seines Pfandrechts, das nach den der Anmeldung beigefügten Angaben gesetzlich existirte, nach sich ziehen kann, auch ganz unrichtig ist, hiefür auf die obergerichtliche Verordnung vom 17. November 1842 [1]) sich beziehen zu wollen, indem deren Sinn nur der ist, die Notare sollen nicht bloß deßhalb, weil für eine Forderung ein Privilegium angesprochen wird, während dieselbe weder gesetzlich noch nach Uebung ein solches hat, dieselbe unter die privilegirten aufnehmen, also analog auf Pfandrechte angewendet, sie sollen z. B. nicht, wenn bei Schuldbriefen mehr als vier verfallene Zinse als grund-

---

[1]) Diese Zeitschrift, Bd. VI, S. 78.

versichert angemeldet worden, jene ältern Zinse auch als grund- versichert aufnehmen, oder wenn Pfandrechte aus Pfandscheinen angemeldet werden ohne Angabe des Datums derselben oder mit einem Datum, aus welchem aber zugleich der Untergang des Pfandrechtes durch Verjährung sicher hervorginge, die Forderungen deßhalb als mit beweglichen Pfändern versehen aufnehmen, keineswegs aber der Sinn jener obergerichtlichen Verordnung dahin geht, es stehe den Notaren zu, über die Anmeldung der Pfandrechte da sich wegzusetzen, wo dieselben die Richtigkeit der in der Eingabe angegebenen Daten vorausgesetzt gesetzlich wirklich existiren; —

3) daß nun zwar noch darauf Gewicht gelegt wird, daß Kläger die Beweisurkunde, den Pfandschein seiner Eingabe nicht beigelegt habe, woraus dann auch die einzelnen gepfändeten Objecte ersichtlich gewesen wären, nun aber die Auffallspublication daran, daß die Beweisurkunden der Anmeldung in den Concurs nicht beigefügt werden, einen Ausschluß nicht knüpft, vielmehr diese Unterlassung und die daraus für den Notar entspringende Unmöglichkeit, die Pfandobjecte im Auffallsprotokoll zu bezeichnen, sofern dieser nicht vorzog, die Sache durch sofortige Aufforderung an den Kläger, den Pfandschein ungesäumt einzusenden, ins Reine zu bringen, nur hätte Veranlassung geben sollen, daß das Concursgericht am Collocationstage auf Berichterstattung des Notars dem Kläger eine kurze Frist unter geeigneter Androhung ansetze, um den Pfandschein einzulegen und allfällig dem Notar zugleich im Auffallsprotokoll diejenigen Objecte zu bezeichnen, auf die sich nach den Pfandscheinen das Pfandrecht erstrecke; —

4) daß da übrigens immerhin fehlerhaft war, daß Kläger die Pfandscheine der Eingabe nicht sogleich beilegte, während ihm dieß möglich gewesen wäre, es sich rechtfertigt, demselben eine Proceßentschädigung nicht zusprechen :: —

durch Stimmenmehrheit, gegenüber einem Antrage die Berufung für unbegründet zu erklären,

gefunden:

es sei die Berufung des Klägers begründet, und hierauf

erkannt:

1. Stehe dem Kläger für seine Forderung von 384 Frk. 35 Rp. laut Pfandscheines vom 4. October 1853, und für diejenige von 71 Frk. 60 Rp. laut Pfandscheines vom 6. gl. M. ein Pfandrecht an den in denselben bezeichneten Gegenständen zu, mit Ausnahme derjenigen, welche in dem mit der Ehefrau und Kindern des Cridars (Rudolf Fenner in Küßnacht) gegenwärtig vor Bezirksgericht Meilen anhängigen Proceß als Eigenthum dieser Personen durch rechtskräftiges Urtheil erklärt werden sollten; —

2. Trage Hs. Heinrich Fenner die erst- und zweitinstanzlichen Kosten; —

3. Sei die erstinstanzlich dem Beklagten gesprochene Entschädigung aufgehoben.

XLVII.

Auch auf Klagen aus Käufen, welche ein Angehöriger des Kantons Zürich auf einem auswärtigen Markte abgeschlossen hat, ist das zürcherische Recht anzuwenden.

Ein hiesiger Cantonseinwohner verkaufte unterm 29. August 1853 auf dem Markte in Schaffhausen an einen Einwohner des Cantons Thurgau einen Ochsen. Dieser klagte sodann gegen den Erstern auf Aufhebung des Kaufes, weil das verkaufte Stück Vieh an einem Gewährsmangel leide, und es kam nun in Frage, welches Recht hier dem

Urtheile zu Grunde zu legen sei. Das Obergericht entschied sich für die Anwendung des zürcherischen Rechtes aus folgenden Gründen:

1) Daß der Entscheid des Processes davon abhängt, ob das Recht des Wohnortes des Beklagten, somit das zürcherische, oder aber — wie Kläger verlangt — das Recht des Ortes, wo der Kauf abgeschlossen worden, somit dasjenige von Schaffhausen zur Anwendung komme; —

2) daß eine positive gesetzliche Bestimmung über die Frage, welches Recht in Fällen der vorliegenden Art anzuwenden sei, zwar zur Zeit nicht besteht, jedoch, da der mit 1. April d. J. in Kraft tretende erste Theil des privatrechtlichen Gesetzbuches in der von der Anwendung der Rechte handelnden Einleitung Bestimmungen enthält, welche, wenigstens so weit sie hier in Betracht fallen, nichts der bisherigen Rechtsübung und der allgemeinen Rechtstheorie, denen die leitenden Grundsätze zunächst entnommen werden müßten, Fremdes und von ihr in positiver Weise Abweichendes enthalten, füglich auf diese Bestimmungen abgestellt werden darf; —

3) daß nun nach § 5 des Gesetzbuches Forderungen und Schulden regelmäßig nach dem örtlichen Recht beurtheilt werden sollen, welches nach der besondern Uebereinkunft der Contrahenten oder nach der innern Natur des Verhältnisses als einverstanden erscheint; —

4) daß, da bei dieser Bestimmung als Princip der Entscheidung die eigene Meinung und das Einverständniß der Contrahenten zu Grunde gelegt wird, eine ausdrückliche Willenserklärung der Contrahenten aber, über welches Recht sie mit Hinsicht auf die Währschaftsfrage sich vereinbart haben, nicht vorliegt, die Entscheidung nur davon abhängen kann, was nach der Natur des Verhältnisses selbst als muthmaßliche dießfällige Meinung der Contrahenten bei Abschließung ihres Vertrages anzunehmen sei; —

5) daß nun im obligatorischen Verkehre die Vermuthung zunächst dahin gehen muß, es haben die Parteien bei Abschließung des

Vertrages, falls sie überhaupt die Frage der Anwendung des Rechtes ins Auge gefaßt haben, an das Recht desjenigen Ortes gedacht, an dem die Obligation ins Leben treten und in Erfüllung gehen soll, was in den meisten Fällen am Wohnorte des Beklagten geschehen wird; es sei daher im Zweifel auf das Recht des Erfüllungsortes abzustellen; daher weiter in Frage kommt, welcher Ort in dem vorliegenden Falle als Erfüllungsort zu gelten habe; —

6) daß nun der Kauf, der zu der jetzt angestellten Währschaftsklage Veranlassung gegeben hat, allerdings auf dem Markt in Schaffhausen abgeschlossen worden ist und die nächste Erfüllung desselben, die Uebergabe des Thiers an den Käufer und die Bezahlung des Kaufpreises an den Verkäufer in Schaffhausen erwartet wurde und auch wirklich stattgefunden hat, somit falls vor dieser Erfüllung mit Rücksicht auf dieselbe, so z. B. mit Bezug auf die Perfection des Kaufes, die Größe des Kaufpreises, die Valuta, Streit entstanden wäre, dieser Streit wohl unzweifelhaft nach schaffhauserischem Rechte hätte entschieden werden müssen; —

7) daß jedoch damit noch nicht gesagt ist, daß, nachdem diese nächste Erfüllung geschehen und das Geschäft vollzogen worden ist, nunmehr mit Bezug auf die an dem Wohnorte des Beklagten geltend gemachte Währschaftsklage dasselbe, nämlich Anwendung des schaffhauserischen Rechtes stattzufinden habe, vielmehr hiebei wohl zu berücksichtigen ist, daß mit Bezug auf die Erfüllung von obligatorischen Ansprüchen dieser Art, die zwar wohl aus dem abgeschlossenen Kaufe sich herleiten, aber nicht als regelmäßige Wirkung und Erfüllung des Geschäftes sich darstellen, die muthmaßliche Meinung der Contrahenten — und auf diese, nicht auf den formell juristischen Zusammenhang, kommt es hier an — eine ganz andere gewesen sein kann als mit Bezug auf die nächste Erfüllung, und nun in der That die Wahrscheinlichkeit viel näher liegt, daß in dieser Hinsicht der Wohnort des Beklagten, der dem

Kläger jedenfalls durch den Viehschein bekannt geworden war, als regelmäßiger Erfüllungsort der von demselben eingegangenen Verpflichtungen und auch als specieller Erfüllungsort für solche Währschaftsansprüche als maßgebend angesehen worden sei, zumal die Anwendung des Rechtes des Marktortes immer als eine Ausnahme erscheint, die nur auf Dasjenige sich bezieht, was an dem Marktorte selbst in Erfüllung zu gehen hat; —

8) daß dieser Annahme, somit der Anwendung des zürcherischen Rechtes, noch wesentlich unterstützend zur Seite steht, daß nicht bloß § 15 des zürcherischen Gesetzes über die Hauptmängel oder Währschaftskrankheiten der nützlichsten Hausthiere vom 21. Christmonat 1821, das bis zum 8. Juli v. J. in Kraft gewesen ist, sondern auch die §§ 13 und 14 des schaffhauserischen Währschaftsgesetzes vom 12. November 1835 für Klagen, die aus Viehkäufen hervorgehen, zwar einen besondern Gerichtsstand des Marktortes zulassen, aber nur, wenn die Klage vor Abführung des Thieres an dem Marktort anhängig gemacht wird, sonst dagegen für Streitfälle über Viehmängel und Währschaft den Gerichtsstand des Wohnortes des Beklagten festhalten, was, wenn auch allerdings damit noch nicht ausdrücklich gesagt ist, daß die Anwendung des Rechtes dem Gerichtsstande zu folgen habe, doch bei der namentlich in früherer Zeit so viel als möglich festgehaltenen Regel, daß die Gerichte nach ihrem eigenen Rechte zu entscheiden haben, mit ziemlicher Sicherheit darauf schließen läßt, daß der Gesetzgeber dieselben Grundsätze auch für Anwendung des Rechtes als maßgebend vorausgesetzt habe, und jedenfalls als Zeichen der auch in dieser letztern Hinsicht herrschenden Rechtsansicht geltend gemacht werden kann. (Urtheil der Civilabtheilung vom 25. Februar 1854 i. S. Nägeli c. Rüegger.)

XLVIII.

Minderjährige Kinder, welche bei einer niedergelassenen Mutter sich befinden, sind auch als Niedergelassene zu behandeln.

Die Gemeinde Oetweil belangte den Vormund der vaterhalb verwaisten, in Oetweil verbürgerten, jedoch in Wädenschweil bei ihrer Mutter sich aufhaltenden Kinder eines gewissen K. für die Steuerquoten an mehrern Gemeindssteuern. Der Vormund derselben verweigerte deren Bezahlung, gestützt darauf, daß die gedachten Kinder als Niedergelassene in Wädenschweil steuerpflichtig seien. Die klägerische Gemeinde dagegen berief sich auf den § 4 Ziffer 3 des Niederlassungsgesetzes, indem nach demselben unter die Classe der bloßen Aufenthalter gehören Personen, welche in einer andern als ihrer Heimatsgemeinde länger als ein Jahr bleiben, daselbst aber als bloße Kostgänger sich aufhalten, d. h. weder verehelicht leben, noch einen eigenen Rauch führen, noch einem Gewerbe nachgehen, was Alles bei den Beklagten zutreffe, und eine Consequenz davon sei die, daß sie nicht in ihrer Aufenthaltsgemeinde, sondern in ihrer Heimatsgemeinde steuerpflichtig seien. Der Umstand, daß die Beklagten in Wädenschweil ein Haus besitzen und in demselben wohnen, sei schon deßwegen ohne Bedeutung, weil ihre Mutter das Nutznießungsrecht an diesem Hause habe und weil die Kinder bei der Mutter bloß verkostgeldet seien.

Die erste Instanz verfällte die Beklagten zu Bezahlung der geforderten Gemeindssteuern; die zweite Instanz dagegen verwarf das Begehren der klägerischen Gemeinde und äußerte sich in den Erwägungen ihres Urtheiles folgendermaßen:

1) Daß das von der Klägerschaft vorausgesetzte Verhältniß, um dessen willen sie von den Beklagten Beiträge an die in Frage stehenden Steuern der Heimatsgemeinde fordert, darin besteht,

daß die Beklagten zu den in einer andern Gemeinde Aufenthalt Nehmenden gehören, von den Beklagten nun aber jene Voraussetzung bestritten und behauptet wird, daß sie in einer andern Gemeinde Niedergelassene seien, bei dieser Einsprache nun es sich nach § 2 c des Gesetzes über die Streitigkeiten im Verwaltungssache vom 23. Juni 1831 (Off. Ges. Samml. Bd. I, S. 240) um eine Rechtssache handelt, da sich die Einsprache nicht unmittelbar auf die Ausschreibung oder Vertheilung der Steuer, sondern auf die Leistungspflicht des Einzelnen bezieht, mit andern Worten: gegen das Dasein des von der Steuerbehörde vorausgesetzten Verhältnisses, um dessen willen die Steuer verlangt wird, gerichtet ist; —

2) daß den Beklagten nicht die Eigenschaft von in einer andern als der Heimatgemeinde Aufenthalt Nehmenden, sondern diejenige von Niedergelassenen zukommt, wenn man in Betrachtung zieht:

a) einerseits, daß minderjährige Kinder, welche bei ihrer in einer andern Gemeinde niedergelassenen Mutter leben, als Personen, die sich als bloße Kostgänger in dieser Gemeinde aufhalten (Abtheil. 3 in § 4 des Niederlassungsgesetzes vom 10. April 1840, Bd. V, S. 472 der off. Ges. Samml.), nicht angesehen werden können, da es das Familienband ist, auf welchem das Zusammenleben solcher Kinder bei der Mutter beruht, auch hieran ein allfälliges Kostgeld, auf welches die Vormundschaftsbehörden mit der Mutter übereinkommen, als bloße Rechnungsform, in der die Vermögensverhältnisse zwischen ihr und den Kindern regulirt erscheinen, nichts ändert, während dagegen der Ausdruck des Gesetzes „als bloße Kostgänger" auf ein selbstständiges, vom natürlichen Familienverbande unabhängiges Verhältniß dieser Art hinweist;

b) anderseits die Bestimmung des § 27 des citirten Gesetzes, nach welcher in der einer Person ertheilten Niederlassungs-

bewilligung auch deren Kinder, d. h. wohl deren minderjährige, mit ihr zusammenwohnenden Kinder anzuführen sind, — so daß mithin die einer Person ertheilte Niederlassungsbewilligung auch jene Kinder umfaßt, dafür aber dieß nur bezüglich des Vaters, nicht aber auch nach dessen Tod bezüglich der Mutter oder Wittwe gelten zu lassen, kein hinreichender Grund vorhanden ist, da es das Familienverhältniß ist, welches das Gesetz berücksichtigt und welches, wie während des Lebens des Vaters das Zusammenleben der minderjährigen Kinder mit ihm oder beiden Eltern, so nach dessen Tod dasjenige solcher Kinder mit der Mutter bewirkt, so daß anzunehmen ist, daß, so lange die Vormundschaftsbehörden die Kinder bei der Mutter lassen, wie sie denn auch eine Trennung nicht willkürlich ohne ihnen genügend erscheinende besondere Gründe anordnen könnten, die auf die Mutter sich beziehende Niederlassungsbewilligung sich auch auf deren bei ihr wohnende minorenne Kinder erstrecke. (Urtheil der Civilabtheilung vom 7. Februar 1854 i. S. Kunz c. Gemeinde Oetweil.)

Inhalt.

Seite







